

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013  
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO &  
CONSTITUCIONAL

A&C

---

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,  
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**  
Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**  
Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**  
Ana Cláudia Finger  
Daniel Wunder Hachem

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde

**Joseane Ledebrium Gloeckner**

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especialista em Direito do Trabalho. Advogada.

---

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo a análise da possibilidade de utilização do argumento da reserva do possível pelo Poder Judiciário nas ações em que esteja em causa o direito fundamental à saúde. Para isso busca-se compreender cada um dos limites impostos pela reserva do possível: fático, jurídico e de razoabilidade e até que ponto essas restrições podem interferir na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais e especialmente no direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Reserva do possível.

**Sumário:** Introdução – **1** A saúde como direito fundamental social – **2** Da reserva do possível – **3** A reserva do possível como limite à realização do direito à saúde – Conclusão – Referências

---

## Introdução

O direito à saúde consiste, de acordo com os arts. 6º e 196 da Constituição da República, em direito fundamental social. Esta característica lhe outorga proteções que vinculam o poder público. Como se sabe, apesar de toda a gama de garantias estabelecidas na Constituição Federal, o direito à saúde detém graves problemas no que diz respeito à sua eficácia e efetividade. A realidade brasileira, no campo específico da realização do direito à saúde deixa muito a desejar. A ausência de políticas públicas que implementem este direito em sua integralidade autoriza o recurso a meios administrativos e judiciais.

As decisões judiciais referentes à saúde muitas vezes são limitadas pela chamada reserva do possível que leva em consideração o custo financeiro e orçamentário

da efetivação deste direito para os cofres públicos. Justifica-se, portanto, o presente estudo a partir da necessidade da análise desta possibilidade da limitação de um direito fundamental tão importante e vital como a saúde.

A eficácia e efetivação do direito social à saúde, assim como a maioria dos outros direitos sociais, merecem especial discussão no estudo dos direitos fundamentais. Apesar de ser, atualmente, objeto de crescente interesse na produção doutrinária e das decisões dos tribunais, o direito social à saúde ainda carece de regulamentação e estudo, pois consiste em grande desafio tanto para a sociedade como para o Estado.

As demandas judiciais concernentes aos direitos sociais, especialmente no que tange ao direito à saúde, vêm crescendo de forma acelerada. Essas demandas requerem dos juízes decisões mais criteriosas, pois cabe a eles decidir sobre alocação de dinheiro público. Assim, deve ser enfrentada a questão referente à denominada reserva do possível a até que ponto pode servir de limite à eficácia e efetividade do direito à saúde.

## 1 A saúde como direito fundamental social

Antes de adentrarmos no conteúdo específico da saúde como direito fundamental cabe esclarecer que, apesar de haverem entendimentos distintos da definição de saúde, adota-se a definição trazida pelo preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, segundo a qual saúde seria o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença.

A Constituição Federal consagrou, no *caput* do art. 6º, o direito à saúde como direito social. Ainda existe certa discussão a respeito de serem os direitos sociais fundamentais ou não, pois se encontram fora do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e, por este motivo, há quem entenda não se tratarem de direitos fundamentais. Felizmente predomina o entendimento de que os direitos sociais configuram-se como fundamentais. Isto porque o §2º do art. 5º do mesmo diploma legal prevê a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, decorrentes de seus princípios e regime e até mesmo de tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário.

Para Sarlet,<sup>1</sup> mesmo que o direito à saúde não estivesse expressamente positivado no texto constitucional poderia ser admitido como direito fundamental

---

<sup>1</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT; PAULA; BONFIM (Org.). *As ações Judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, p. 28-29.

implícito como ocorre em outros sistemas jurídicos, como a Alemanha. Isso porque a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente etc. Reforça esse entendimento a noção de “intersetorialidade” da Declaração de Alma-Ata, o que significa que a efetivação do direito à saúde, entendida como garantia da qualidade mínima de vida, não depende exclusivamente do “setor saúde”, mas de políticas públicas mais amplas que visem à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, com compromisso com as futuras gerações.

Segundo Gomes Canotilho,<sup>2</sup> adotando as características de fundamentalidade dadas por Robert Alexy, os direitos fundamentais possuem proteção em sentido formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se associada à constitucionalização e resulta em alguns aspectos que, sendo adaptados ao direito constitucional pátrio pelo Professor Ingo Sarlet,<sup>3</sup> seriam: a) os direitos fundamentais são colocados em grau superior a todo ordenamento jurídico, possuindo natureza supralegal; b) incluem-se no rol de cláusulas pétreas, submetendo-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional; c) trata-se de normas dotadas de imediata aplicabilidade, vinculando as entidades públicas e privadas.

Segundo a fundamentalidade material o conteúdo dos direitos fundamentais constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material pode não estar associada à ideia de fundamentalidade formal e à constituição escrita.<sup>4</sup> Porém, é por meio do direito constitucional positivo que a fundamentalidade material autoriza a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não incluídos em seu texto (apenas materialmente formais), assim como àqueles direitos situados fora do catálogo, mas dentro da Constituição Federal.<sup>5</sup> Assim sendo, é em virtude da fundamentalidade material que mesmo direitos fora do catálogo do art. 5º da Constituição Federal são reconhecidos como fundamentais.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser lido de forma constitucionalmente adequada segundo a fundamentalidade formal e material e, além disso, em conformidade com o conteúdo dos direitos sociais.

<sup>2</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 372-373.

<sup>3</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 74-75.

<sup>4</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 373.

<sup>5</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 75.

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão<sup>6</sup> (econômicos, sociais e culturais), possuindo preponderantemente dimensão positiva e que têm por finalidade propiciar a todos o direito de participar do bem-estar social. Caracterizam-se por outorgarem direitos a prestações estatais como, por exemplo, na área da saúde, trabalho, educação, assistência social etc. Porém, apresentam também uma dimensão negativa, denominadas de liberdades sociais como, por exemplo, o direito de greve do trabalhador, que exige apenas uma abstenção por parte do Estado.<sup>7</sup>

Os direitos sociais, portanto, como os direitos fundamentais em geral, abrangem tanto direitos a prestações (positivos) como direitos de defesa (negativos). As normas consagradoras dos direitos de defesa, de regra, já receberam do Constituinte a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa e, por isso, são mais facilmente reconhecidas como de aplicabilidade imediata e plena eficácia.<sup>8</sup> A esses direitos não se aplicam os argumentos que restringem a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações que são a reserva do possível e a ausência de legitimação dos tribunais para definirem o conteúdo e o alcance da prestação.<sup>9</sup>

Os direitos sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva por parte do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistindo numa prestação fática. Pressupõem a realização da igualdade material, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais para efetiva fruição das liberdades.<sup>10</sup> Os direitos sociais a prestações estão ligados intimamente às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e à criação de bens materiais essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem. Tendo em vista a nota econômica dos direitos a prestações e em sendo necessária uma escolha da utilização dos “escassos” recursos financeiros do Estado para efetivação desses direitos tornou-se necessário o estabelecimento de critérios constitucionais para que pudesse ser dada a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais a prestações.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Optou-se por utilizar a expressão “dimensão”, pois denota cumulatividade e complementariedade das dimensões dos direitos fundamentais. O termo “geração” poderia levar a crer em uma substituição gradativa de uma geração por outra, conforme SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 45.

<sup>7</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 47-48.

<sup>8</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 274.

<sup>9</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 277.

<sup>10</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 282-283.

<sup>11</sup> CALIENDO. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 176.

É por este motivo que esses direitos prestacionais dependem da conjuntura econômica estatal, pois está em causa a possibilidade de o Judiciário impor ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas. Não sendo o direito à saúde efetivado através de políticas públicas e prestado regularmente pelo Estado, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para garantir esse direito. E é o que vem acontecendo nos tribunais brasileiros, expressivamente na área da saúde. Essas demandas apresentam novos dilemas a serem apreciados pelo Judiciário e pelos operadores do Direito, especialmente no que tange à reserva do possível.

## 2 Da reserva do possível

Todos os direitos fundamentais implicam em algum custo, não se limitando apenas aos direitos de cunho social prestacional. Porém, aqueles direitos que não implicam em uma prestação por parte do Estado possuem neutralidade econômica e, portanto, sua efetivação não depende de dispêndio de dinheiro público, ao menos não de forma direta. Porém, em se tratando dos direitos sociais a prestações, sua efetivação depende da alocação direta de recursos financeiros.

Ocorre que quando o Estado deixa de fornecer ou prestar aquilo que lhe cabe, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para a realização de seus direitos prestacionais. Com isso, e em virtude da reduzida capacidade econômico-financeira do ente público, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer critérios que pudessem limitar a prestação pública desses direitos. Ao conjunto desses critérios denominou-se reserva do possível.

A reserva do possível teve origem em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão e, embora de modo modificado, foi recepcionada no Brasil pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. O limite fático consiste na possibilidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado possui recursos para prestar aquele direito.

A limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Desse modo, o ente público, além de possuir a capacidade material (limite fático) deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que o gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual. Neste caso, mesmo tendo a Administração Pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei Orçamentária, não poderá dispor daquele valor.

Além disso, o pedido deve observar a razoabilidade. Ou seja, deve ser razoável que o indivíduo exija do Estado a prestação daquele direito social. Isso se



pode depreender do caso paradigmático da jurisprudência alemã em que um estudante exigia o seu acesso a um curso superior. Entendeu a Corte Constitucional alemã que não se poderia exigir do Estado e da sociedade a realização de uma prestação não razoável ou de responsabilidade do destinatário, que neste caso deveria prover seu próprio acesso à universidade.<sup>12</sup> A definição do que é ou não razoável sempre vai depender da decisão do intérprete no caso concreto.

Há quem entenda<sup>13</sup> que além de limite fático, jurídico e de razoabilidade, a reserva do possível também possa atuar como garantia dos direitos fundamentais. Exemplo deste entendimento seria a hipótese de conflito entre direitos em que haja a invocação da indisponibilidade de recursos com a intenção de salvar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Com todo respeito, não se coaduna do entendimento de que se poderia enxergar a reserva do possível como garantia. Garantia, segundo Ferrajoli,<sup>14</sup> é toda obrigação que corresponde a um direito subjetivo, e direito subjetivo é toda expectativa jurídica positiva (de prestação) ou negativa (de não lesão), seja patrimonial ou fundamental. Acrescenta ainda o autor que também são garantias as obrigações que correspondem a particulares expectativas de reparação, através de sanção ou anulação geradas por violação aos direitos fundamentais. Assim, não há como se afirmar que a reserva do possível seja direito subjetivo, pois não consiste em prestação e nem se trata de expectativa de não lesão. Muito mais difícil ainda sustentar-se que a reserva do possível possa ser vista como expectativa de reparação por violação a direitos fundamentais. Dessa forma, não se pode tratar a reserva do possível como garantia, pois garantia não é.

## 2.1 Da competência do Judiciário para decidir sobre a prestação de direitos sociais

A realização dos direitos sociais a prestações, na condição de direitos subjetivos acaba sendo também um problema de competências constitucionais, pois existem doutrinadores com o entendimento de que o Poder Judiciário não pode decidir sobre a concessão de direitos sociais diretamente da Constituição Federal,

<sup>12</sup> CALIENDO. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, p. 176.

<sup>13</sup> Entendimento defendido por SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, p. 30.

<sup>14</sup> FERRAJOLI. *Democracia e garantismo*, p. 63-64.

ou seja, aqueles direitos que ainda não foram implementados pelo legislador infraconstitucional. Segundo Scaff,<sup>15</sup> não cabe ao Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal transformarem-se em “ordenadores de despesas públicas”, exercendo papel que a Constituição não lhes atribuiu. Para o autor, estar-se-ia diante da discricionariedade do legislador, que é substituída por força de uma ordem judicial, que estaria implementando políticas públicas ao arrepio de determinada lei ou de regulamentações administrativas. Não seria, portanto, papel do Judiciário substituir o Poder Legislativo em sua função.

A este respeito, primeiramente, há que se destacar o fato de que todas as normas previstas na Constituição Federal possuem força normativa, em maior ou menor grau, dependendo da forma de positivação. Dispõe Hesse<sup>16</sup> que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. Acontece que, no que se refere aos direitos sociais, por serem fundamentais possuem aplicação imediata (§1º, art. 5º da Constituição Federal).

A Carta Magna expressamente atribui a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, como se extrai, a título exemplificativo, da tutela do meio ambiente (art. 225) e do próprio direito à saúde (art. 196), relacionando com o princípio da universalidade e da dignidade da pessoa humana que, em primeira análise, refere-se à pessoa individualmente considerada. Dessa forma, os direitos sociais reportam-se à pessoa individual, titular do direito por excelência, ainda mais em se tratando de direito essencial como a saúde. A titularidade individual, todavia, não exclui uma simultânea titularidade coletiva. Os direitos sociais têm como meta imediata tutelar interesse individual com base na dignidade da pessoa e não no interesse coletivo, ainda que este também possua relevância e implique em um conjunto de direitos e deveres.<sup>17</sup>

Segundo uma conceituação teórica, Ferrajoli<sup>18</sup> define os direitos fundamentais como sendo “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. O mesmo autor entende por direito subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica

<sup>15</sup> SCAFF. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 135-142.

<sup>16</sup> HESSE. *A força normativa da Constituição*, p. 19.

<sup>17</sup> SOUZA. “Judicialização” dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro, f. 101-102.

<sup>18</sup> FERRAJOLI. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, p. 19.

positiva". Em sendo, portanto, os direitos fundamentais (inclusive os sociais) direitos subjetivos, podem ser exigidos judicialmente por cada indivíduo perante o Estado.

Compete ao Poder Legislativo, regra geral, garantir as prestações que integram os direitos sociais, econômicos e culturais, dentro da reserva e dos limites do orçamento. Porém, sendo o legislador omissivo, cabe ao Judiciário suprir tal lacuna e decidir sobre a concessão da prestação do direito social ou não. Não se considera a atuação do Judiciário concedendo direitos sociais prestacionais como afronta ao princípio da separação dos poderes, pois possui "já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais".<sup>19</sup> Entende-se que, se procedesse este argumento, maior afronta e intromissão ao Poder Legislativo seria se o Poder Judiciário determinasse ao Legislativo que votasse e aprovasse lei concretizadora de política pública do que o simples fato de deferir pedido prestacional de direito à saúde.

Além disso, não há que se confundir a noção de direitos fundamentais sociais com políticas públicas. Trata-se de categorias distintas, ainda que uma possa servir de meio para realização da outra, judicialmente exigível. Não existe dúvida de que as políticas públicas são o melhor meio para efetivação dos direitos sociais, pois atendem de forma mais eficaz e racional a alocação do dinheiro público e, atendendo de forma mais efetiva ao princípio da igualdade. Todavia, tal afirmativa não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive no concernente às prestações individuais em matéria de saúde.<sup>20</sup>

Neste sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em acórdão referente ao direito à saúde, onde foi relatora a Ministra Eliana Calmon, estabelecendo que os direitos sociais não podem depender da boa vontade do Administrador, cabendo ao Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa.<sup>21</sup>

Além disso, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 restou assente que grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere ao não cumprimento pelo Estado de obrigação já regulamentada pelo Legislativo e incorporada em política pública da Administração Pública.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível*, p. 35.

<sup>20</sup> SOUZA. "Judicialização" dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro, f. 102.

<sup>21</sup> Recurso Especial nº 777.537, Segunda Turma, DJ, 03 out. 2005.

<sup>22</sup> SOUZA. "Judicialização" dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro, f. 103.

Assim, na maioria dos casos referentes ao direito à saúde, a intervenção do Poder Judiciário não ocorre pela omissão absoluta de políticas públicas, mas para o cumprimento de políticas públicas já previamente estabelecidas.

### 3 A reserva do possível como limite à realização do direito à saúde

O direito à saúde não pode ser considerado norma meramente programática, pois, apesar de ser direito originário à prestação, podendo ser extraído e concretizado diretamente da Constituição, já foi regulamentado, dispondo a Carta Magna que a saúde “é direito de todos e dever do Estado” e que este direito assegura o acesso igualitário e universal aos seus serviços. Na regulamentação deste dispositivo, o legislador dispôs que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis abrange todas as ações e serviços públicos e privados de saúde que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>23</sup>

Resta saber se e até que ponto pode o direito à saúde ser limitado pela reserva do possível. Para isto, deve-se fazer uma análise de cada uma das três concepções da reserva do possível. Primeiramente, quanto à hipótese da reserva do possível como limitação fática, ou seja, da falta de recursos públicos para que se obrigue o Estado a prestar, ao titular do direito à saúde, o tratamento ou medicamento de que necessita.

No Brasil, diferentemente de como ocorre na Alemanha onde teve origem, a reserva do possível deve ser analisada segundo a questão da legitimidade para definir o que seja “possível” no concernente aos direitos sociais básicos, como a saúde. A exigência de “caixas cheias” para a efetivação desses direitos reduz a zero a sua eficácia. Subordinar os direitos sociais ao condicionamento econômico leva à relativização de sua eficácia, condenando-os a direitos de segunda categoria.<sup>24</sup>

É claro que um país, especialmente como o Brasil, não terá como financiar todos os direitos sociais de maneira plena. Mas deve-se estar atento aos problemas de gestão do dinheiro público. Exemplo disso é a Lei nº 12.292/10, em que o Brasil doa vinte e cinco milhões de reais para a reconstrução da Faixa de Gaza. Não parece ser este um bom uso das finanças públicas, ainda mais com os problemas

<sup>23</sup> Lei nº 8.080/90. “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”.

<sup>24</sup> KRELL. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 51.

sociais do país hoje. Parece que neste caso a questão é muito mais de vontade política e organização administrativa.

Quanto ao segundo limite consistente na reserva do possível, ou seja, a limitação jurídica do pedido referente ao direito social prestacional significa que o juiz não poderia deferir pedido baseado em direito fundamental social se o valor monetário de tal pedido ultrapassasse o previsto em Lei Orçamentária. Por este entendimento, mesmo em se tratando de direito à saúde, o Judiciário não poderia conceder pedido ao paciente necessitado, se o valor desse tratamento ou medicamento solicitado não estiver inserido no orçamento anual da União, Unidade de Federação ou Município. Porém, como se sabe, o orçamento para prestações de saúde é insuficiente. Sendo assim, como poderá o juiz decidir quem irá receber a prestação? O atendimento ficaria limitado àqueles tratamentos e medicamentos de baixo custo para que mais pessoas pudessem ser atendidas? E os portadores de doenças graves que necessitam de tratamento e fármacos de alto custo?

Há quem entenda que decisões no sentido de determinar ao Estado que despenda milhões em tratamento de doença de uma única pessoa ou a um grupo de pessoas não implementa o direito social à saúde, pois abrange apenas quem foi beneficiado com aquela decisão. E uma decisão que beneficia apenas um ou alguns indivíduos não seria adequada, pois o direito não será usufruído pelo conjunto de cidadãos que dele necessitem.<sup>25</sup>

Os defensores desse posicionamento desconhecem, por óbvio, o significado de direito transindividual que incorpora o individual e o coletivo. Não são excludentes. Depois, qual seria o titular então, senão o indivíduo? Além disso, tal interpretação é equivocada, pois segundo este entendimento, os direitos de segunda dimensão excluiriam os anteriores (de primeira dimensão), mas isso não acontece, já que as dimensões dos direitos são complementares entre si.

Dessa forma, sendo o direito à saúde um direito de todos, não se pode acolher a tese de que por ser um direito coletivo não poderia ser objeto de dedução individual em juízo. Todos os direitos fundamentais possuem dimensão transindividual e isso não os impede de serem em primeira linha direitos de cada pessoa. Portanto, os direitos sociais também são sempre individuais, o que possui grande relevância quando se fala em direito à saúde.

Conforme defendem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo:<sup>26</sup>

<sup>25</sup> SCAFF. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, p. 137.

<sup>26</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT; PAULA; BONFIM (Org.). *As ações Judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, p. 35.

A caracterização do direito à saúde como direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade humana da pessoa individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.

Partilha-se do entendimento de Andreas Krell<sup>27</sup> no sentido de que alguns direitos sociais como a saúde e educação devem ser priorizados em relação a outros, tais como o direito ao transporte e ao fomento econômico. Segundo o autor, se houvesse milhares de pessoas vítimas das doenças comuns à pobreza e poucos doentes terminais de doenças raras e de cura improvável, só haveria uma solução referente a quem deveria ser priorizado o tratamento: a todos! E, além disso, não sendo os recursos orçamentários da saúde suficientes, dever-se-ia retirá-los de outras áreas menos prioritárias. Partindo desse entendimento e desse critério, poucas vezes caberia a não concessão de pedido referente à saúde.

Neste sentido, em estudo sobre equidade na saúde, Amartya Sen<sup>28</sup> afirma que as questões mais importantes na política de atendimento em saúde pública dependem da alocação geral de recursos e não apenas arranjos distributivos dentro do atendimento de saúde. Para o autor, recursos são substituíveis e aparatos sociais podem trazer melhoras à saúde de quem necessita, mas não apenas em detrimento do atendimento da saúde de outras pessoas, mas por meio de mecanismos sociais diferentes ou de uma modificada alocação de recursos.

Além disso, a possibilidade de redirecionamento de recursos pode minimizar os efeitos da reserva do possível, especialmente no que se refere à limitação jurídica. Não se pode pretender bloquear qualquer forma de intervenção neste plano, pois se estaria priorizando legislação orçamentária em detrimento da legislação de imposições constitucionais. Haveria aqui uma inversão de ordem hierárquica. E, em um Estado Democrático de Direito quem governa é a Constituição Federal.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> KRELL. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 52.

<sup>28</sup> SEN; KLIKSBERG. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*, p. 81.

<sup>29</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, p. 34.

Nesse sentido, Keinert<sup>30</sup> esclarece que

A imprescindibilidade dos direitos sociais torna-os mandamentos, garantias constitucionais inadiáveis, o que reclama por um tratamento prioritário por parte do poder público, de toda a Administração do Estado no momento de destinar os recursos financeiros. A *reserva do possível* não pode ser utilizada com o intuito de *exoneração desse compromisso*.

Percebe-se, portanto, que razões vinculadas à reserva do possível não podem, sozinhas, impedir a satisfação do direito e exigência do cumprimento de deveres em matéria de saúde, já que nem o princípio da reserva parlamentar quanto ao orçamento e nem o da separação dos poderes são absolutos.<sup>31</sup> A maioria da jurisprudência brasileira posiciona-se no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde quando confrontados com os limites de orçamento do Estado.<sup>32</sup>

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal recentemente, consolidando entendimento

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. *A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária*. 4. Agravo regimental não provido. (AI nº 674764 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli,

<sup>30</sup> KEINERT. Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo. In: KEINERT. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, p. 99-100.

<sup>31</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 41.

<sup>32</sup> WANG. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 353.



Primeira Turma, julgado em 04.10.2011, *DJe-205* DIVULG 24.10.2011 PUBLIC 25.10.2011, grifos nossos)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julga de acordo com o entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplo disso é o que dispõe a Apelação Cível nº 70045451200 da Primeira Câmara Cível, julgada em 20.10.2011, onde se estabeleceu que o “princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Da mesma forma o Agravo de Instrumento nº 70044873123 da Oitava Câmara Cível do mesmo Tribunal, julgado em 27.10.2011, que, tratando da reserva do possível, dispôs que limitações ou dificuldades de orçamento “não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida garantido nos dispositivos constitucionais, não havendo que se cogitar, desse modo, da incidência do princípio da reserva do possível, dada a prevalência do direito em questão”.

Dessa forma, para que o Estado se abstenha de prestar o direito à saúde por limitação financeira ou orçamentária deverá efetivamente comprovar não possuir tal recurso. A simples alegação da escassez de recursos não pode justificar a omissão estatal na efetivação do direito à saúde, ou qualquer outro direito fundamental, pois é necessário “demonstrar de maneira legal, impessoal, moral e pública a eficiência da administração pública (art. 37, *caput*), por meio de uma maximização de recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial desses e o não desperdício dos fundos existentes”. Deve-se, portanto, analisar cautelosamente as provas quando o Poder Executivo valer-se do argumento da reserva do possível para justificar sua omissão na efetivação de direitos sociais, como a saúde. Cabe ao Estado o dever de demonstrar eficiência e publicidade na sua administração pública, facilitando o controle social na destinação e prioridades na utilização dos recursos públicos finitos.<sup>33</sup> Sem tal comprovação, não poderá o ente público valer-se da reserva do possível para deixar de financiar o direito à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 771.537/RJ, de 03.10.2005, que teve como Relatora a Ministra Eliana Calmon, dispôs que

[...] tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça

<sup>33</sup> KEINERT. Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo. In: KEINERT *et al.* (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, p. 97.



a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, *mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal*. (grifos nossos)

No entanto, havendo a possibilidade, conforme já tratado, de redirecionamento de recursos de outras áreas menos prioritárias para a efetivação do direito à saúde, dificilmente poderá o Poder Público comprovar falta de recursos. Isso porque, se tais recursos puderem ser extraídos de áreas como o transporte, o fomento econômico etc., poucas vezes ou nunca poderia o Estado alegar falta de recursos para tratamento ou medicamento necessários para a garantia da saúde de cada indivíduo.

Cabe aqui ressaltar que também caberá ao paciente a comprovação de seu estado de doença para que possa requerer a efetivação por parte do Estado de seu tratamento de saúde ou medicamento de que necessite. O que se questiona apenas é se o atestado médico aceito deverá ser apenas aquele fornecido pelo profissional atuante no Sistema Único de Saúde (SUS) ou se poderá ser atestado de médico que atenda em consultório particular.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu em sede de Recurso Especial que a concessão de medicamento ou tratamento de saúde deverá estar “respaldado em atestado médico da rede pública estadual”.<sup>34</sup> Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem entendendo que resta comprovada a necessidade de medicamento com apresentação de “atestado firmado por médico devidamente inscrito no CREMERS,<sup>35</sup>” ou seja, todo médico poderá atestar a necessidade de medicamento ou tratamento de saúde do paciente”. Entende-se que assiste razão ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois a possibilidade que alguém possua de pagar por um plano de saúde ou uma consulta médica particular não significa que possa arcar com os custos de seu tratamento, ainda mais se for de alto custo.

Por fim, não se pode olvidar do critério da razoabilidade que sempre deve servir de critério para a decisão judicial. Não pode e nem deve o Estado deferir todo e qualquer pedido de direito social postulado em juízo, isso também vale para o direito à saúde. Mesmo no que se refere a um direito social básico e tão importante como a saúde, não pode o Judiciário exigir que o Estado atenda qualquer pretensão.

<sup>34</sup> REsp nº 1218800/SP. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 07.04.2011.

<sup>35</sup> Apelação Cível nº 70043772342, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, julgado em 26.10.2011.

Cabe aqui esclarecer que a decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão citada anteriormente, referente ao estudante que visava seu acesso ao ensino superior teve por objetivo, na perspectiva da exigibilidade individual, colocar limites a uma interpretação ultraextensiva dos direitos fundamentais sociais. Somente de forma secundária fundamentaram a sentença aspectos relativos à reserva financeira e de orçamento. Desse modo, o teor originário da reserva do possível significa que é exigível aquilo que se pode conceber como prestação social devida, afastando-se demandas desarrazoadas e excessivas.<sup>36</sup> Excluem-se demandas que estejam acima de determinado patamar.

Alguns pedidos podem não estar no limite da razoabilidade e pode-se entender como não razoável que o Estado seja compelido a prestar, por exemplo, a imposição de prestação de uma determinada marca de medicamento quando existir outra opção de menor custo e com a mesma eficiência e segurança.<sup>37</sup> Por este motivo é necessário que se analise o caso concreto para que se verifique a razoabilidade daquele tratamento ou medicamento.

A razoabilidade da decisão dependerá não da disponibilidade financeira e/ou orçamentária, mas sim da natureza do pedido. Assim, pode-se mencionar como não razoável a Ação Ordinária nº 2007.39.00.927397-4 proposta na Justiça Federal do Estado do Pará, na qual os autores narraram que “quando jovens, passaram a efetuar em seu corpo tatuagem de figuras aterradoras porque sofreram forte influência de pessoas desleixadas” e, declarando-se arrependidos, requerem o deferimento de tutela antecipada para que a União seja condenada a estabelecer convênio com certa clínica médica, custeando o tratamento para retirada das tatuagens com sessões a laser, num total de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais).<sup>38</sup> Seria absurdo exigir-se que este tipo de tratamento fosse pago pela Administração Pública, mesmo com disposição orçamentária e financeira.

Desse modo, percebe-se que, em se tratando de direito fundamental à saúde, o que deve ser analisado e considerado é a razoabilidade do pedido, ou seja, se o pedido está de acordo com aquilo que o indivíduo pode ou não exigir da sociedade, segundo análise de cada caso concreto. Quanto à possibilidade de alegação da limitação orçamentária por parte do Estado, em se tratando de direito

<sup>36</sup> SGARBOSSA. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, p. 153.

<sup>37</sup> SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 44-45.

<sup>38</sup> Dados retirados de CORDEIRO. O direito à saúde e a atuação do poder judiciário: breves considerações. In: GUEDES; NEIVA. *Publicações da Escola da AGU: temas de direito à saúde*, p. 92.

à saúde, não poderá ser alegada, pois os recursos necessários e não previstos no orçamento devem ser retirados de outras áreas, referentes a serviços e prestações menos prioritárias. Já em se tratando de limitação financeira do Estado, deve ser relegada a segundo plano, somente sendo relevante quando o ente público comprovar que efetivamente não possui recursos para financiar tratamento ou medicamento pleiteado.

## Conclusão

O presente artigo teve como finalidade analisar em que circunstâncias o argumento da reserva do possível pode interferir na efetivação do direito fundamental à saúde. Para isso, primeiramente estabeleceu-se a demonstração do direito à saúde como direito fundamental social, com preponderante dimensão positiva e que se caracteriza por outorgar direito a prestações estatais.

Quando o Estado deixa de prestar esses direitos, inclusive à saúde, o cidadão recorre ao Poder Judiciário. A efetivação desses direitos prestacionais depende da alocação de dinheiro público e, devido à escassez dos recursos estatais, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer critérios que pudessem limitar a prestação desses direitos. Ao conjunto desses critérios denominou-se reserva do possível.

A reserva do possível apresenta as limitações fáticas, jurídicas e de razoabilidade. A limitação fática consiste na capacidade financeira do Estado para dar efetividade aos direitos prestacionais. Porém, deve-se atentar para a má gestão do dinheiro público. Não há como o direito fundamental à saúde ficar relegado aos “caixas cheios” do ente público, sob pena de reduzir a zero sua efetividade.

A limitação jurídica significa que o Estado somente poderá prestar o direito à saúde quando o seu financiamento estiver previsto em Lei Orçamentária. A previsão orçamentária para prestações de saúde é insuficiente. Assim, a quem deveria ser prestado? Quem deveria ser escolhido? Entende-se que todos deveriam ser atendidos, pois sendo o direito à saúde fundamental e prioritário para a vida e dignidade humana, deve sempre ser prestado, e seu financiamento deverá ser buscado em outros serviços públicos menos prioritários. Essa possibilidade de redirecionamento da verba pública poderá reduzir os efeitos da reserva do possível, ao menos em se tratando de direito à saúde.

É claro que a pretensão na área da saúde deve sempre observar a razoabilidade, terceiro limitador incluso na reserva do possível. É certo que não há como o Estado deferir toda pretensão de direito social postulada. Portanto, devem ser

atendidos apenas os pedidos que estiverem dentro dos limites do razoável. Isso significa dizer que a pretensão deve estar de acordo com aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade. Este é o critério limitador ao qual se deve dar prevalência na solução da alocação do dinheiro público nas ações que tenham por pretensão o direito à saúde.

Porto Alegre, novembro de 2011.

---

#### **Under Reserve Possibilities Clause as Limitation to the Health Fundamental Right Effectiveness**

**Abstract:** This investigation intends to analyze the use of the “possibility reserve” argument by the judiciary in the lawsuits where it’s concerned the fundamental right to health. For this we seek to comprehend every one of the limits imposed by the “possibility reserve argument”: legal, factual and the reasonableness one, and to what extent these restrictions could interfere in the effectiveness of the rendering fundamental rights, specifically in the right to health.

**Key words:** Right to health. Possible reserve.

---

#### Referências

- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.].
- CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do poder judiciário: breves considerações. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. *Publicações da Escola da AGU: temas de direito à saúde*. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et al (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.
- KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 1 - Reserva do possível, p. 153.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. *"Judicialização" dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro*. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GLOECKNER, Joseane Ledebrium. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

---

Recebido em: 29.05.2012

Aprovado em: 11.12.2012