

Reserva do possível: a saúde financeira estatal como justificativa para a negativa à saúde pública

The reserve for contingencies: the states financial health as a justification to deny public health to citizens

Igor de Lucena Mascarenhas¹

Izabela Taíse Ferreira de Sousa²

Resumo: O presente artigo versa sobre a aplicação da reserva do possível e a não efetivação do direito à saúde perante o Judiciário brasileiro. Assim, fazendo-se uso do método de abordagem dedutivo, dos métodos procedimentais histórico, interpretativo e analítico, do tipo de pesquisa exploratório e da técnica de pesquisa bibliográfica, o artigo visa discutir as bases da potencial escusa administrativa, posto que não haveria recursos suficientes para satisfazer todas as necessidades públicas. Em paralelo, debate-se o potencial empoderamento judicial ao reconstruir o orçamento. Por fim, são analisados os limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde e alguns posicionamentos jurisprudenciais no que concerne à alegação da reserva do possível por parte do Estado. Para além disso, observou-se que o Judiciário comumente se posiciona afastando a incidência dessa teoria no âmbito da saúde, concluindo-se, assim, que a reserva do possível não merece prosperar quando é utilizada de forma vaga e genérica.

Palavras-chave: Direito à saúde. Escassez financeira. Reserva do possível. Omissão estatal. Atuação Judiciária.

Abstract: The present research is about the reserve for contingencies and its implications for the realization of the right to health before the Brazilian Judiciary. This work aims to make a conceptual and historical analysis of this institute, as well as the jurisprudential positioning of the country about its invocation by state entities regarding the implementation of health. Thus, using the method of deductive approach, historical, interpretative and analytical procedures, the type of exploratory research and the bibliographic research technique, the work in question addresses the treatment of the right to health in previous Brazilian Constitutions and in the constitutional order in force as a fundamental social right. In addition, it deals with the

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA e pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre pela Universidade Federal da Paraíba, Especialista em Direito Civil Constitucional pela mesma instituição, além de ser especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade Maurício de Nassau/ESA-PB e em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico vinculado a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor das Faculdades Integradas de Patos – FIP/PB. ORCID n. 0000-0002-5336-1083.

² Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela UNIFIP/PB, e em Direito Penal e Processo Penal pela UNIFIP/PB. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP/PB. Advogada. ORCID n. 0000-0002-2778-0647.

initial meaning referring to the reserve for contingencies and the way in which this theory was incorporated into Brazil, addressing the financial insufficiency of the State in the face of unlimited public needs. Finally, we analyse the aspects of the Judiciary's performance in the realization of the right to health and how the Judiciary deals with reserve for contingencies by the State. Furthermore, it has been observed that the judiciary is usually positioned to distance the incidence of this theory in the field of health, thus concluding that the reserve of the possible does not deserve to thrive when it is used as a basis for state omission, on the contrary, it must refer us to the idea of reasonableness as to what the individual can demand of the State and the collectivity.

Keywords: Right to health. Financial Scarcity. Reserve for contingencies. State omission. Judicial action.

1. Introdução

A proteção e a promoção da saúde são fatores essenciais para que a dignidade da pessoa humana seja preservada e assistida, mas, assim como os demais direitos, a saúde não é um direito absoluto, sendo passível de limitações sempre que se depara com restrições de cunho financeiro e orçamentário do próprio Estado. Nesse sentido, o presente trabalho aborda o posicionamento jurisprudencial pátrio acerca da alegação da denominada “Reserva do possível”, por parte dos entes estatais, nas demandas relativas à efetivação do direito à saúde, posto que essa teoria tem sido invocada como justificativa à conduta omissiva do Estado na concretização de alguns direitos.

Analisa-se, portanto, a saúde enquanto direito fundamental não absoluto, verificando-se até que medida é plausível ou aceitável que um direito dito fundamental possa sofrer limitações em razão de questões econômicas do Poder Público. Neste diapasão, é exatamente o seu caráter de fundamentabilidade que torna salutar a realização de estudos relativos à sua efetivação, posto que o direito à saúde compõe aquilo que se denomina “mínimo existencial”, termo que nos remete ao mínimo de direitos e condições que devem ser assegurados ao indivíduo para a garantia de uma vida digna.

Destarte, o que não pode ser ignorado é que os recursos públicos são caracterizados pela finitude, ao passo que as necessidades públicas são ilimitadas, fatores que, quando alocados numa só equação, podem gerar resultados que atingem negativamente aqueles que necessitam da concessão de determinados medicamentos ou tratamentos para a manutenção da saúde e proteção da vida.

Nesta senda, quando invocados a atuar positivamente através de condutas prestacionais, os entes estatais alegam que só podem dispor do que está sob as condições financeiras do Estado, isto é, do que está sob a reserva do possível. Logo, o que foge dos limites orçamentários do Poder Público fica à mercê da possibilidade econômica estatal, podendo ou não ser efetivado.

Para os fins almejados, utilizando-se do método de abordagem dedutiva, a pesquisa em comento parte de uma análise ampla do direito à saúde, remetendo-se depois às implicações da invocação da reserva do possível na sua concretização perante os tribunais pátrios. Para além disso, adota a técnica de pesquisa bibliográfica, demonstrando doutrinariamente os aspectos conceituais, históricos e afins relativos ao tema pesquisado. Ademais, através da adoção dos métodos procedimentais histórico, interpretativo e analítico, observa o entendimento jurisprudencial brasileiro acerca do objeto estudado.

2. Saúde: Direito fundamental social

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Direito à saúde como um direito social e fundamental, intrínseco à própria existência e essencial na configuração da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a Carta Magna impôs ao Estado o dever de prestá-lo à coletividade, estando disposto no título de Direitos Sociais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme aponta a mesma.

Entretanto, antes que sejam observadas as características dos direitos fundamentais, é importante que se analise o sentido trazido pelo termo “saúde”, posto que até que a Organização Mundial da Saúde se pronunciasse acerca disso, a saúde era considerada a mera ausência de patologias, seja de caráter físico ou mental. Nesse sentido, preleciona Figueiredo:

O conceito trazido pela Organização Mundial da Saúde – OMS -, ademais, teria alargado a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propugnar o aspecto positivo da “obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social (FIGUEIREDO, 2007, p. 83).

Desse modo, a saúde passou a ser vista sob um ângulo bem mais amplo, aonde se observam não apenas critérios a despeito da existência ou ausência de enfermidades, mas, além disso, todo um conjunto de fatores que coadunam na composição do entendimento da saúde, a exemplo da qualidade de vida que o Estado deve oferecer à coletividade.

Assim, sendo considerada a saúde um direito fundamental, é salutar que se entenda o porquê de tal consideração. Desse modo, cabe ressaltar que conceituar os direitos fundamentais por vezes não é razoável, isto porque várias expressões são tomadas para designá-los (SILVA, 2014). Ainda nessa perspectiva, Bonavides, inspirado em Carl Schmitt, dispõe que “os direitos fundamentais são, na essência, [...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (BONAVIDES, 2013, p. 579).

Dessa forma, autores como Sarlet (2009), estabelecem que os direitos fundamentais são caracterizados por representar aqueles que foram retirados da esfera de disponibilidade do Poder Estatal, podendo integrar ou não o texto constitucional em sentido formal, mas observando o aspecto material. Nesse sentido, os direitos fundamentais são aqueles que, diante da relevância que apresentam perante o ordenamento jurídico que integram, passam a ser dotados de valor constitucional. A doutrina os classifica em gerações ou dimensões, termos que indicam não a época ou tempo em que foram criados, mas a sua abrangência relativa a alguns grupos de direitos.

Quando os direitos fundamentais são considerados de primeira dimensão ou geração, eles se referem aos direitos de liberdade, que exigem do Estado uma conduta negativa, de abstenção e não interferência na vida particular. “São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas [...]” (BONAVIDES, 2013, p. 582).

No mesmo sentido, Figueiredo dispõe que os direitos de primeira geração objetivam criar um ambiente de proteção do indivíduo em relação à ingerência do Estado (FIGUEIREDO, 2007). Em seu entendimento, são direitos notadamente individuais, que buscam alcançar o espaço jurídico que o mercado e a economia já atribuíram ao homem, *latu sensu* considerado.

Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem prestações estatais positivas, pois carregam consigo a ideia de igualdade e que, para isso, demandam ações concretas do Estado. Ao dispor sobre eles, Ferraresi aponta:

[...] contrariamente aos direitos de primeira geração, que implicavam em uma abstenção estatal, os direitos fundamentais de segunda geração exigem uma atuação direta do Estado, uma atuação comissiva com a finalidade de garantir um mínimo de condições dignas para complementar e efetivar os direitos fundamentais de primeira geração (FERRARESI, 2012, p. 09).

Desse modo, esse grupo de direitos se caracteriza pela necessidade de invocar os entes estatais para que possam ser concretizados perante a coletividade. Isso se dá porque, tomando como exemplo a saúde, não há margem para que a mesma seja prestada em decorrência da não interferência do Poder Público. Ao contrário, se omissivo, o Estado deixa de efetivá-la e passa a violar uma garantia eleita constitucionalmente, razão pela qual se justifica a sua posição de direito de segunda geração ou dimensão.

Neste cenário, é possível afirmar que a saúde ocupa um papel de direito de segunda dimensão, porém só houve o seu reconhecimento constitucional efetivo a partir da Constituição Federal de 1988. As constituições de 1824 e 1891 não mencionaram expressamente o direito à saúde (REISSINGER,

2008). A Carta de 1934, ainda que de forma incipiente, avançou no tratamento do Direito à saúde, posto que trouxe previsão para tal em seu art. 10, ao dispor ser de competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e da assistência pública, competência esta mantida pela na Constituição de 1937 (BARRETO JÚNIOR; PAVANI, 2013). Já as Constituições de 1946, 1967 e 1979 estabeleceram uma correlação imediata entre saúde e o trabalho (MARTINS, 2008; BARRETO JÚNIOR; PAVANI, 2013).

Deve ser destacado que, apesar de não ter tido tratamento constitucional, o ordenamento infraconstitucional trouxe algumas novidades, a exemplo da edição da Lei nº 2.312/1954, que tratava das normas gerais de defesa e proteção da saúde (FUNASA, 2004, p. 26), depois regulamentada pelo Código Nacional da Saúde - Decreto nº 49.974, de 1961.

Posteriormente, o Estado passou a adotar medidas mais concretas em defesa desse direito, a exemplo da criação do Sistema Nacional de Saúde em 1975 (Lei nº 6.229/75), bem como do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), em 1977.

Ocorre que, conforme destacado, apenas a partir da CF/88 é que houve uma maior preocupação ao elevar, formalmente e expressamente, o direito à saúde como direito social e constitucionalmente protegido. Neste sentido, o destaque constitucional formulado obriga o Estado a implementar os direitos sociais de natureza fundamental, a exemplo da saúde e educação, considerando a instalação de um modelo de justiça social e adoção de um Estado de bem-estar social – *Welfare State* (TIMM, 2013).

Assim, ao trazer consigo o macro-princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 buscou garantir ao indivíduo direitos básicos, capazes de garantir o “mínimo existencial”, isto é, aquilo que seja suficiente para assegurar uma existência digna. Neste cenário, a dignidade visa à proteção da pessoa, restando violada nas hipóteses de desprezo pela pessoa, evitando-se a desumanização e degradação humana

(BARROSO, MARTEL, 2010). Neste sentido, Cordeiro pontifica a dificuldade em se estabelecer o mínimo existencial para não restar violada a dignidade (CORDEIRO, 2012).

Nessa perspectiva, a efetivação dos direitos sociais está umbilicalmente ligada à proteção do mínimo existencial, posto que o direito à educação, ao lazer, entre outros, bem como o direito à saúde, compõem aquilo que soa como mínimo na garantia de uma vida digna ao indivíduo.

O texto constitucional estabeleceu a saúde não apenas como um direito público subjetivo, mas sobretudo como um dever fundamental estatal. Diante deste cenário de dever estatal, passaremos a analisar a restrição orçamentária como elemento de escusa para cumprimento da obrigação constitucional.

3. O sistema único de saúde (SUS) e os desafios orçamentários na prestação do direito à saúde

O financiamento do setor público da saúde é oriundo, em maioria, de recursos públicos, advindos de arrecadação tributária, especialmente de contribuições sociais (BRASIL, 2013, p. 28). No entanto, em razão dos altos custos dos quais a efetivação do direito à saúde depende, muito se tem discutido acerca disso.

Daí surge, contudo, consoante nos afirma Lima, a mitigação da prestação do direito à saúde em razão da escassez financeira do Estado, que consiste numa questão complexa diante da isonomia e acesso universal garantidos pelo próprio SUS (LIMA, 2013, p. 240). Diante dessa realidade, os entes estatais têm buscado tornar esse direito concreto e de fácil acesso à coletividade, seja através da própria estrutura e finalidade desse sistema, seja pela implementação de políticas públicas de saúde que, de todas as formas, demandam recursos públicos.

Nesse entendimento de gastos, preleciona Barcellos:

(i) A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo*, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos (BARCELLOS, 2013 p. 106).

No entanto, por mais que medidas sejam tomadas, o direito à saúde parece estar, dia após dia, cada vez mais mitigado, uma vez que fica condicionado à possibilidade financeiro-orçamentária do Estado. Por essa razão, o Poder Judiciário tem sido invocado na tentativa de que esse direito possa ser efetivado.

Neste cenário do direito à saúde e a judicialização da saúde, surgem alguns questionamentos: *a não efetivação da saúde pública absoluta seria qualificada como omissão propriamente dita? A provocação do Judiciário e as sucessivas condenações impostas aos entes federados seriam violações à separação de poderes?*

De acordo com o entendimento de Oliveira (2015), é essencial que os direitos fundamentais sejam efetivamente assegurados pelo poder público sem que seja necessária a interferência do Judiciário, mas que a intervenção é aceitável em situações peculiares, em que a própria omissão ou negligência do órgão governamental exige condutas que tornem concretos os direitos sociais (OLIVERIA, 2015). Nas palavras de Amaral e Melo (2013, p. 92):

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha *do que atender e do que não atender*. Preferir empregar um dado recurso para um dado significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico (AMARAL; MELO, 2013, p. 92).

Desse modo, consoante salienta Barcellos, uma alta complexidade envolve a questão dos gastos públicos, posto que é necessário decidir quanto gastar, com que fim gastar, em que gastar e como gastar (BARCELLOS, 2013).

Tem-se, portanto, que a questão dos custos e necessidades ilimitadas sempre estará em choque com a capacidade financeiro-orçamentária limitada dos cofres públicos. Contudo, o que alguns doutrinadores questionam é se a saúde, enquanto direito fundamental, pode estar condicionada à limitação do orçamento, isto é, submissa ao que se denomina “reserva do possível”.

Alguns pesquisadores, a exemplo de Falsarella, entendem que deve a prestação do direito à saúde ser analisada sob um aspecto de proporcionalidade e razoabilidade, pois, ao contrário, geraria uma lesão de direitos coletiva (FALSARELLA, 2012). Ademais, outro ponto relevante é que, embora seja dever do Estado assegurar o direito à saúde, a estrutura dos serviços públicos por vezes não é suficiente para amparar a diversidade de patologias existentes. Muitas delas exigem tratamentos específicos e de alta complexidade, que em parte se encontram disponíveis apenas em instituições particulares ou localizadas fora do país.³

Por isso é que Castelo afirma que medicamentos e tratamentos em fase de experimentação, terapias alternativas e demais métodos similares, importados ou não, devem ser evitados, visto que se configuram como pedidos desarrazoados e, diante disso, não podem ser acessíveis universalmente (CASTELO, 2017, p. 5). Nesse sentido, nem todas as pessoas possuem condições de arcar com as despesas relativas à manutenção da saúde:

Outro problema a ser considerado diz respeito à gratuidade dos serviços prestados pelo poder público e às relações entre o sistema de saúde pública e os assim designados planos de saúde privados, já que se revela como sendo de difícil sustentação, ainda mais em um

³ Tem-se, como exemplo, os casos dos medicamentos órfãos, ou seja, medicamentos que a indústria farmacêutica tem poucos incentivos na produção, posto que dirigidos para um pequeno número de doentes e, em razão disso, apresentam elevados preços.

País como o Brasil, caracterizado por tanta desigualdade social, que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado [...] possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição [...] o sistema de saúde, nas mesmas condições de alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 42).

Logo, diante dessas situações, encontram-se os entes estatais perante circunstâncias que exigem um esforço financeiro do qual depende a efetivação do direito à saúde e, em consequência, a proteção à dignidade da pessoa humana. E, diante da ineficiência de parte das políticas públicas existentes e da infinidade de necessidades públicas, os indivíduos têm buscado o Judiciário no afã de efetivar o direito à saúde, ponto que prejudica não só esse Poder, mas afeta o tríplice equilíbrio entre Poderes, já que o orçamento com saúde é produto de uma construção entre Executivo e Legislativo e o Judiciário, ao reorganizar o orçamento, reestabelece as bases orçamentárias.

4. Teoria da reserva do possível: Construção constitucional de restrição de direitos

A Teoria da Reserva do Possível, já admitida no ordenamento jurídico brasileiro, teve seu surgimento na Alemanha em meados de 1972. Conforme aponta Falsarella, sua origem decorre de uma decisão proferida pelo Tribunal Federal Alemão, na qual a Corte analisava a constitucionalidade de leis estaduais que regulamentavam e restringiam o acesso de alunos ao curso de Medicina nas universidades de Hamburgo e Baviera, em razão da limitação estrutural dessas instituições (FALSARELLA, 2012, p. 2).

Diante disso, o Tribunal foi questionado acerca de possível violação ao art. 12 da Lei Fundamental Alemã, pois esse dispositivo assegurava a liberdade sobre a escolha da profissão, do local de trabalho e de formação e, nesse sentido, limitar a admissão de alunos às referidas universidades seria

violar o direito à liberdade profissional como um todo (FALSARELLA, 2012, p. 2). No entanto, a Corte entendeu ser possível a limitação desse direito, desde que regulamentada por lei e que não ultrapassasse o contexto do que fosse considerado absolutamente necessário (FALSARELLA, 2012, p.3).

Neste diapasão, para o Tribunal Federal Alemão a ideia da Reserva do possível não estaria atrelada unicamente à limitação financeira do Estado, mas principalmente àquilo que é razoável se exigir da coletividade, consoante asseguram Sarlet e Figueiredo, que, ao citarem a Corte alemã sob a análise do paradigmático caso *numerus clausus*, dispõem que a mesma “firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29).

Por outro lado, a Reserva do Possível foi introduzida no Brasil com um sentido singular, embora não absoluto: a limitação financeiro-orçamentária do Estado frente às necessidades sociais ilimitadas. Assim, essa teoria comporta ao menos três aspectos:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29).

Neste cenário, a reserva do possível é utilizada com frequência pelos entes públicos como justificativa para a não efetivação de direitos, sobretudo sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2013). O principal argumento defensivo está pautado no fato de que as necessidades públicas são ilimitadas, ao passo que os recursos seriam finitos.

Diante disso, os entes estatais justificam sua escusa alegando que só há possibilidade de efetivar aquilo que está sob a “reserva do possível”, isto é, o que sob o aspecto orçamentário pode ser exigido do Estado. Nesta senda, há quem entenda esta teoria como um argumento plausível, posto que os cofres públicos não possuem condições suficientes para tornar efetivos todos os direitos assegurados pela Constituição Federal, principalmente aqueles que exigem prestações positivas do Estado (ZANITELLI, 2013, p. 189).

Por outro lado, na jurisprudência pátria há intensa contrariedade a esse entendimento (STA 175-AgR/CE), uma vez que o Judiciário tem se posto no sentido de que os direitos fundamentais não podem ter sua efetivação restringida em razão do aspecto financeiro estatal e, portanto, não merece guarida a Reserva do Possível. Ou seja, o STF, por vezes, reconhece que a atuação do Judiciário não seria de interferência, mas, tão somente de cumprimento à política pública de saúde. A inércia do Executivo levaria a implementação via judicial do direito subjetivo à saúde.

Nessa perspectiva, é de se observar que os limites fáticos na efetivação dos direitos sociais consistem na natural limitação que os recursos financeiros estatais possuem. Por essa razão, não há como se falar em equilíbrio entre as necessidades públicas e os recursos públicos, posto que aquelas se caracterizam pela infinidade, ao passo que estes últimos são finitos e escassos. Por isso, falar na escassez das finanças públicas é entender que as mesmas não conseguem satisfazer toda a demanda social e, ao mesmo tempo, compreender que essa desproporcionalidade será uma característica presente sempre que se equacionam receitas e despesas públicas.

A qualidade de gestor autoriza uma atuação qualificada para definir as prioridades públicas e as suas respectivas limitações, posto que o gestor tem que equilibrar as necessidades com a escassez de recursos. A escassez teria a sua definição oriunda da Economia e diz respeito à ideia de finitude, que quando observada sob o ângulo da concretização de direitos, traz em seu bojo os limites financeiros e orçamentários do Estado (FIGUEIREDO, 2007, p.

134). Logo, sendo o direito à saúde um direito social, que exige prestações positivas da máquina estatal, resta atingido pela questão da escassez. Nessa perspectiva, segundo Massarutti e Rosolen:

Apesar de ser um dos bens mais caros para o ser humano, o cotidiano revela que as políticas públicas não têm sido totalmente eficazes na concretização do direito à saúde, uma vez que não há recursos suficientes para atender a todos que buscam acesso aos meios de preservação e recuperação do estado de saúde desejado. Esta escassez de recursos é evidenciada por meio da análise das restrições e limitações que podem sofrer os direitos fundamentais, ao se verificar que eles não são absolutos, mas sim relativos (MASSARUTTI; ROSOLEN, 2016, p. 383).

Diante disso, a realidade é que o direito à saúde enquanto direito social, elementar na dignidade da pessoa humana e basilar na proteção do direito à vida, tem gerado altos custos aos cofres públicos. O direito à saúde, enquanto direito não absoluto, pode ser restrito em situações extraordinárias (HOLMES; SUSTEIN, 2000).

Logo, o orçamento público é afetado por despesas às vezes inesperadas, a exemplo de tratamentos que demandam altos valores, o que leva o gestor público a precisar escolher entre isto ou aquilo. Neste ponto, asseguram Sarlet e Figueiredo:

Nesse contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, o critério para essa decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 30).

Estando já presente o problema da insuficiência de recursos, nasce a problemática da escolha para o Poder Público, que basicamente leva o legislador, enquanto elaborador do orçamento público, ou o gestor, atuando como seu executor, a decidirem com quem gastar e como gastar. Ademais, conforme assevera Barcelos, que trata desta decisão como um ato complexo, a Constituição não apresenta de maneira especificada as políticas públicas que

devam ser implementadas e, desse modo, abre-se uma interpretação ampla, que permite a compreensão dos agentes públicos e da sociedade a partir de seu próprio entendimento político e ideológico, o que conseqüentemente gera conflitos (BARCELOS, 2013, p. 107).

Desse conflito surgiria o dever constitucional de custear os gastos com direitos fundamentais, sejam eles previsíveis ou não. A vida deveria ser protegida sem que houvesse margem para que a parcela da população que demanda a efetivação da sociedade, ainda que gastos custosos socialmente, seja sacrificada em favor da coletividade (DUARTE, 2011).

Nesse entendimento, então, não haveria limitações para a efetivação do direito à saúde, posto que, para o autor, a vida humana não pode ser medida financeiramente. No entanto, Timm (2013, p. 57), ao dispor sobre a análise econômica incidente sobre os direitos fundamentais, questiona-se acerca de qual seria o melhor modo de promover os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal. Para ele, esta é uma função estritamente estatal, mais atrelada ao Poder Executivo, que deve elaborar políticas públicas que levem a sério o gasto público. Contudo, observados esses posicionamentos, é relevante se verificar também algumas questões ligadas ao orçamento público.

Conforme aponta Lopes, não há como se negar que os limites orçamentários existem e que, dessa maneira, é possível o não cumprimento de decisões judiciais em razão da imprevisão de recursos para cumpri-las (LOPES, 2013, p. 160). As decisões judiciais, sobretudo na área da saúde pública, não criam recursos ou tampouco leitos, apenas remanejam e reconstróem as políticas públicas sob uma perspectiva estritamente micro, sem considerar o aspecto macro de planejamento e execução da própria política pública. Ao construir as políticas públicas, o gestor tem uma visão ampla e estabelece suas prioridades de atuação, o que representa a criação de preferências e, conseqüentemente, preteridos (WANG, 2013).

Conforme suscitado, a insuficiência de recursos públicos e as ilimitadas demandas sociais geram, entre muito efeitos, o dever de decisão pelo Poder Público entre o que gastar e a maneira pela qual o gasto se dará. Segundo Aith, essas decisões são atos administrativos que devem zelar pelos princípios básicos da Administração Pública, em especial pela observância da Supremacia do interesse público (AITH, 2017, p. 120).

No entanto, a escolha no âmbito da saúde é um ato complexo, posto que envolve a sensibilidade humana e, mais que isso, envolve a vida. Assim, lidar com a ideia de decisão em razão da limitação fática e jurídica dos recursos públicos é, por vezes, decidir sobre a existência ou manutenção da vida de um indivíduo.

Nesse entendimento corrobora Lopes, ao afirmar que a dificuldade econômica foge para o “plano da definição de prioridades” (LOPES, 2013, p. 163). Questiona-se o autor acerca de quem deve fazer tais escolhas, isto é, quem deve decidir sobre as prioridades no momento em que se discute a efetivação de direitos. Para ele, trata-se de decisões de caráter político e não jurídico, que ficam a cargo daqueles que prestam contas às maiorias: os Poderes Executivo e Legislativo.

Destarte, não obstante a insuficiência recursal existente, somos atingidos pela ineficiência própria do Poder Público na efetivação do direito à saúde. Nesta senda, o Poder Judiciário tem sido invocado sempre que se observa a alegação da Reserva do Possível pelos entes estatais, isto objetivando que a saúde possa ser prestada a todos conforme as necessidades de cada um. Contudo, a questão das escolhas também afeta o âmbito judiciário, posto que quando um magistrado ou tribunal opta pela concessão de medicamentos ou tratamentos a determinado ou determinados indivíduos, recai sobre eles a tarefa de decidir. Heinen assim assevera:

Quando o poder Judiciário decide se os poucos recursos existentes deverão tratar milhares de vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais, faz política pública. E, em sendo assim, faz uma opção. E optar é, no âmbito dos poucos

recursos, subtrair de alguém para dar a outrem (HEINEN, 2011, p. 3).

Desta forma, o gestor ao desconsiderar os interesses individuais, visa, supostamente, proteger a coletividade, ao passo que caso opte por satisfazer a necessidade do indivíduo, estará sacrificando a coletividade. Por essa razão, Heinen segue afirmando que optar é realizar um sacrifício, uma vez que a escassez financeira impede que todas as necessidades sociais sejam atendidas, mesmo quando essenciais, o que implica sempre uma “escolha trágica” (HEINEN, 2011). A escolha do agente público necessariamente perpassa por uma ponderação de princípios e envolve uma decisão e consequente sacrifício dos interesses dos demais envolvidos. Optar pelo pagamento de determinados medicamentos ou tratamentos em benefício de indivíduos ou grupos específicos significa a não aplicação dos recursos em favor dos demais (GALDINO, 2005).

Conforme o entendimento de Santos, o numerário infindo de demandas nunca conseguirá ser atendido, uma vez que a realidade de desproporcionalidade entre necessidades e recursos públicos não pode ser ignorada (SANTOS, 2015, p. 92). Desse modo, aquele que opta estará sempre diante de uma “escolha trágica”, posto que conforme abordado e também consoante os custos, ou a saúde de um é protegida em detrimento dos demais, ou a de muitos fica sob proteção enquanto o direito à saúde de alguém é mitigado/sacrificado.

5. Ponderações entre o mínimo existencial e a reserva do possível: O entendimento judicial

Embora atingidos pela escassez orçamentária, os direitos fundamentais sociais não podem deixar de ser efetivados, posto que ao indivíduo deve ser garantido o mínimo para uma sobrevivência digna, isto é, o mínimo existencial. Conforme aponta Cordeiro, há quem o entenda como o

conteúdo essencial dos direitos sociais e a não implementação da saúde resultaria em uma violação ao mínimo visto que representaria justamente a negativa (CORDEIRO, 2012, p. 111).

Nesta senda, uma questão bastante levantada é até que ponto a reserva do possível pode influenciar na efetivação desses direitos de segunda geração, em especial o direito à saúde, posto que são essenciais na promoção da dignidade da pessoa humana. Destarte, é importante observar que a ideia de mínimo existencial não garante a mera sobrevivência, mas assegura uma existência digna aos indivíduos (CORDEIRO, 2012).

Quanto a isso, Garcia pondera que esse mínimo abarca também fatores socioculturais, a fim de que haja inserção de todos na vida social, uma vez que sobreviver não condiz com o sentido de viver (GARCIA, 2012, p. 4). Diante disso, Souza afirma que só há fundamento para restringir direitos quando essa restrição não atinge o mínimo existencial (SOUZA, 2013). Para o autor, a reserva do possível e o mínimo existencial podem se relacionar de forma harmoniosa, uma vez que garantida a proteção do núcleo essencial deste, a reserva do possível atua como limite que não interfere na configuração de uma vida digna ao indivíduo.

Em razão do conflito apresentado sobre os reais limites da reserva do possível e mínimo existencial, o Judiciário tem sido invocado para dirimir o conflito entre particulares e Estado no afã de harmonizar e efetivar o direito à saúde. Nesse contexto, asseveram Schulze e Gebran Neto:

Faz algum tempo que o Poder Judiciário tem examinado pedidos para condenar o Estado (União, Estados e Municípios) a fornecer medicamentos, tratamentos e tecnologias sob a alegação de que a Constituição da República estabeleceu que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado, conforme previsão dos arts. 6º e 196 (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 37).

Para os autores, a interferência do Judiciário nada mais é que uma das faces da crise do Estado brasileiro, pois demonstra que o serviço público de saúde não é prestado como deveria ou, ainda, que os cidadãos têm buscado direitos que não existem (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 45). Ou seja,

o Judiciário é chamado para solucionar conflitos distributivos que seriam típicos do Executivo e Legislativo (GOTTI, 2017).

Quanto a isso, Schulze e Gebran Neto (2016) afirmam ser necessária a abordagem de dois posicionamentos: o procedimentalismo e o substancialismo. De acordo com os ideais procedimentalistas, o Judiciário atuaria limitadamente, uma vez que deve prevalecer a vontade da maioria na resolução de questões importantes para a sociedade. De outra banda, o modelo substancialista autoriza uma maior atuação do Judiciário nas relações políticas e sociais, posto que, segundo esse entendimento, o juiz é capaz de adjudicar direitos assumidos no âmbito social (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 53). Neste cenário, para Viana *et al.*, o Judiciário se apropria de um papel coringa e pendular, não adotando um posicionamento absoluto, mas variando o entendimento conforme o caso concreto (VIANA, 1999).⁴

Destarte, ao tratar da Separação de Poderes, pondera Duarte) que essa teoria não impõe uma separação absoluta entre os órgãos estatais, mas que, ao contrário, determina que os mesmos exerçam funções típicas, cabendo ao Legislativo a elaboração de normas, ao Executivo a resolução de problemas concretos e individualizados e ao Judiciário a solução de conflitos (DUARTE, 2011, p. 260-261).

E, além disso, a autora dispõe acerca do exercício de funções atípicas, asseverando que “os três Poderes do Estado administram, elaboram normas e julgam” (DUARTE, 2011, p. 260). Nessa perspectiva, preconiza que a inexistência de uma separação absoluta de funções é um instrumento que garante o sistema de freios e contrapesos, o que, na verdade, viabiliza o bem da coletividade, pois limita os desmandos.

⁴ O grande risco da atuação judicial na área da saúde advém da criação de entendimentos que afetam sobretudo os pequenos municípios que, por exemplo, respondem solidariamente por obrigações que são de entes financeiramente maiores como os Estados e a União, conforme se extrai do Recurso Extraordinário 855.178-SE. Ohland, por exemplo, mostra a confusão de competência no âmbito dos medicamentos com o objetivo de garantir suposta efetividade constitucional (OHLAND, 2016).

Diante disso, entende-se que o Judiciário age não por mera ingerência nos demais Poderes, mas que, diante da ausência de efetividade à qual os direitos sociais são submetidos, o mesmo atua em prol da observância do texto constitucional, na tentativa de que a omissão dos entes estatais possa ser suprida ou pelo menos amenizada através de sua atuação. Neste cenário, Sarlet preleciona:

A natureza precípua da função jurisdicional está precisamente em fazer cumprir a Constituição e as Leis, inclusive em virtude de omissão quanto à sua concretização e execução, ainda mais quando em causa a efetividade de direitos de caráter fundamental (SARLET, 2012, p. 10).

Por outro lado, se o Estado agisse de modo a atender às demandas sociais básicas, inclusive no que tange ao direito à saúde - isto preventivamente, através de medidas do Executivo e do Legislativo -, não seria necessária a atuação do Poder Judiciário com fins de suprir a inércia dos demais, o que também justifica o desempenho de seu papel não pelo dito ativismo judicial, mas como poder que busca observar a ordem e os princípios constitucionais.

Em verdade, ser gestor é saber que “o coberto sempre é curto”, posto que não há condições de concretizar determinados direitos sem sacrificar outros (TROTTE, 2012). Apesar disso, o Judiciário tem se posicionado positivamente quanto à concessão de medicamentos e tratamentos de alto valor, o que, conseqüentemente, faz com que o Poder Público assista à saúde de um indivíduo e possa deixar de fazê-lo, do mesmo modo, em relação a tantos outros.

Esse entendimento de atuação proativa e de concretização de direitos através do Judiciário tem trazido críticas, posto que as decisões destroem a possibilidade do planejamento financeiro público, comprometendo a capacidade organizacional do governo, posto que pautadas em interesses individuais e a atuação do Executivo possui como fundamento o aspecto global (SCAFF, 2013). O próprio art. 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que o magistrado deve considerar as

consequências práticas de sua decisão, o que importa na reflexão sobre os efeitos financeiros no orçamento em razão da decisão judicial.

A Jurisprudência, atualmente, tem sido mais amplamente favorável à concessão dos pedidos, arguindo que não seria possível o uso de alegações genéricas relativas à reserva do possível, de modo que seriam incapazes de esquivar o Estado da obrigação de fornecer medicamentos necessários ao tratamento de pessoas carentes.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) possui súmula própria (nº 18) no sentido de que é “dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial”. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) possui a súmula 180 (RIO DE JANEIRO, 2018), que estabelece que “a obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível”.

Todavia, em que pese o entendimento quase que majoritário, tem-se observado um movimento em sentido contrário no sentido de considerar os efeitos financeiros das decisões na área da judicialização da saúde. A título ilustrativo, pode-se citar os estudos que criticam a judicialização e a forma como a efetivação do direito à saúde vem sendo tratada na doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira, notadamente por Farias (2018), Schulze e Gebran Neto (2016), Timm (2013), Galdino (2005), Sojo (2011), Abramovich e Pautassi (2008), Arcidiácono e Gamallo (2011) e Holmes e Sunstein (2000).

Farias, por exemplo, utiliza a realidade de João Pessoa-PB para justificar os efeitos da judicialização ao destacar que o custo *per capita* correspondeu, no ano de 2013, a R\$ 672,30, ao passo que o custo por autor de demanda judicial foi de R\$ 29.548,47, ou seja, o custo da judicialização por

indivíduo corresponde a quase 44 vezes o custo do sistema em relação ao número total de habitantes (FARIAS, 2018).

Argumento similar foi utilizado pela juíza Sonia Maria Mazzetto Moroso Torres, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao negar o pedido de concessão de medicamento, conforme anotado a seguir:

Portanto, ante a averiguação de tais dados, é forçoso reconhecer que a intervenção do Poder Judiciário na área da Saúde, ao invés de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada e igualitária deste serviço, acaba, fatidicamente, criando desigualdades em detrimento da maioria da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. [...] Investir recursos em determinado setor significa deixar de investi-los em outros, porquanto é fato notório que a previsão orçamentária apresenta-se, por via de regra, aquém da demanda social. Melhor dizendo: ao autorizar o fornecimento de qualquer medicamento no âmbito judicial, o qual não se encontra inserido no planejamento do Município, estar-se-á, por via de consequência, impulsionando o deslocamento dos recursos reservados anualmente para a compra de insumos e a manutenção de serviços básicos de prevenção, promoção e recuperação da saúde para toda a coletividade, em prol de um único paciente (SANTA CATARINA, 2018).

Continua a magistrada defendendo que no município de Itajaí, 21,4% do gasto com medicamentos foram destinados a 0,04% da população local (SANTA CATARINA, 2018). Nesta senda, observa-se que as questões financeiras do estado passam também a ser ponderadas perante o nosso Poder Judiciante. O fato de uma decisão se pautar na análise dos recursos face aos gastos públicos se mostra um tanto razoável, uma vez que se leva em consideração as reais possibilidades de se prover demandas relativas à saúde de poucos sem que a dos demais seja afetada.

Diante disso, consoante preleciona Sarlet (2012, p. 12):

Direitos fundamentais a prestações não são também direitos absolutos, submetendo-se a um sistema de limites e limites dos limites, no âmbito do qual a assim chamada reserva do possível e suas manifestações, assim como a reserva legal e os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, ocupam um lugar de destaque (SARLET, 2012, p. 12).

Destarte, o STF estabeleceu que a intervenção do Judiciário no orçamento público só deve se dar nas hipóteses de omissão qualificada na implementação de direitos dotados de fundamentalidade, deixando margem para o uso da reserva do possível apenas nas hipóteses de “justo motivo objetivamente aferível” (BRASIL, 2014, p. 4).

Diante disso, observa-se que o STF criou uma autorização para a não efetivação dos direitos, todavia o ente deve apontar o seu justo motivo, o que configura uma cláusula aberta e, a princípio, inviabilizaria a concessão de determinadas liminares, uma vez que exigiria a oitiva prévia do ente para que, antes de ser condenado a fornecer provisoriamente, pudesse se manifestar sobre a existência do suposto “justo motivo”.

Neste cenário de permissividade parcial, a Administração teria uma margem para, conforme o caso concreto, demonstrar o potencial prejuízo ou inviabilidade na efetivação da saúde, protegendo-se a coletividade de demandas individuais.

6. Conclusão

O presente trabalho versou sobre a reserva do possível e as implicações de sua alegação no âmbito do direito à saúde perante o Judiciário brasileiro. Teve como objetivo analisar até que ponto há plausibilidade ou mesmo se é plausível restringir a prestação de um direito fundamental em razão das limitações financeiras inerentes aos recursos públicos.

As dificuldades e críticas à judicialização da saúde residem na possibilidade de reconstrução do orçamento e necessidade de implementação do Direito à Saúde. Não se nega que a efetivação de direitos positivos custe dinheiro ao Estado, ou seja, exige o dispêndio público, todavia o que se coloca é, em que medida, justo com a coletividade o sacrifício do orçamento em benefício de uma porção diminuta da coletividade ou na hipótese de gastos “excessivos”.

A jurisprudência nacional tem reconhecido a relevância da saúde financeira estatal, mas, em paralelo, compreende que não é possível utilizar a reserva do possível como resposta apriorística e absoluta para todas as demandas. Ou seja, coloca-se em xeque duas saúdes: saúde financeira do Estado e saúde enquanto direito fundamental/dever estatal. Os tribunais pátrios têm, ao menos em sua maioria, se posicionado pelo afastamento dessa teoria, sob o fundamento de que a saúde é um direito fundamental social, garantido pela Constituição Federal de 1988 e de responsabilidade de todos os entes federados.

Todavia, algumas decisões relativas à necessidade de observância à reserva do possível têm começado a surgir, notadamente por considerar a supremacia do interesse público e a impossibilidade de reconstruções sucessivas da política pública de saúde pelo Judiciário.

Diante disso, concluiu-se que a saúde, assim como a vida, não é um direito absoluto e, desse modo, é passível de restrições, inclusive em razão de questões orçamentárias. O que não deve acontecer é o Estado utilizar-se da reserva do possível como argumento para se furtar dos seus deveres constitucionais e legais quando, de fato, o aspecto financeiro não for um obstáculo na prestação da saúde.

Por essa razão, é inviável e impossível atender à complexidade e diversidade das demandas dentro do direito à saúde, haja vista alguns tratamentos e medicamentos para um só indivíduo terem um dispêndio equivalente ao que proporcionaria o básico a centenas ou milhares de pessoas. Logo, trata-se, conforme mencionado, de uma análise daquilo que é razoável se exigir dos entes estatais, razão pela qual a invocação da reserva do possível tem fundamento quando se encontra dentro desse contexto de razoabilidade, o que a torna legítima do ponto de vista legal e também moral.

Em contrapartida, quando utilizada como meio de esquivar para o não atendimento das demandas sociais mínimas, a exemplo de manutenção de postos de saúde, a reserva do possível deve ser afastada, uma vez que não

deve ser utilizada como embasamento para a não efetivação dos deveres mínimos dispostos na Constituição Federal.

Desta maneira, o desafio da atual contemporaneidade é tornar a intervenção e efetivação do direito à saúde com base no princípio da razoabilidade, compatibilizando o interesse público e individual. Portanto, ante o exposto, denota-se que a reserva do possível pode ser um argumento plausível quando não for mero meio de fuga do Estado ao cumprimento de deveres constitucionais, isso porque, conforme já mencionado, os aspectos orçamentários públicos devem ser levados em consideração na efetivação da saúde, posto que é um “direito que custa”.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. **Salud colectiva**, v. 4, n. 3, p. 261-282, 2008.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra (org.). Efetivação do Direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. *In*: BUCCI, Maria Paula Dalari; DUARTE, Clarisse Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79-99.
- ARCIDIÁCONO, Pilar; GAMALLO, Gustavo. Política social y judicialización de los derechos sociales. **Temas y debates**, n. 22, p. 65-85, 2011.
- BARCELOS, Anna Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101-132.
- BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. **O direito à saúde na ordem constitucional brasileira**. 2013. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 175-212.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Financiamento Público de Saúde**. 2013. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI 759.543-AgR/RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 17.12.2013, **DJE**, Brasília, 12 fev. 2014.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 317-342, dez. 2017.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Magalhães. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-28.pdf> Acesso em: 18 fev. 2018.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **Direitos fundamentais e suas gerações**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1359119403.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

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

FUNASA - Fundação Nacional da Saúde. **100 anos de saúde pública**. 2004. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/livro_100-anos.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

GARCIA, Maria. "Reserva do possível": os ardis da linguagem e o direito à educação. **Revista de Direito Educacional**, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 99-114, jul./dez. 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência de mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. WW Norton & Company, 2000.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 237-253.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “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, 2013. p. 155-173.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza; ROSOLEN, André Vinícius. 2016. **O custo dos direitos como limitador fático do direito à saúde**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/6e66rwjx/Z8uU084x5k3u8XII.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

OHLAND, Luciana. **A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/0>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Súmula nº 18**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReissingerS_1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula 180**. A obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela Anvisa e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Sala de Imprensa do Poder Judiciário de Santa Catarina**. 2018. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiza-considera-efeitos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-negativa-de-liminar>>. Acesso em: 10 maio 2018.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17781/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20COMPLETA.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

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.

_____. Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes: anotações ao AgRg. 708.667 do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 471-492, 2012.

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, 2013. p. 13-55.

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, 2013. p. 133-153.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOJO, Ana. Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, p. 2673-2685, 2011.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. 2013. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

TROTTE, Natalia Bodstein. **Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde**. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/NataliaBodsteinTrotte.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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, 2013. p. 349-371.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da 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, 2013. p. 187-192.

Artigo recebido em: 30/03/2019.

Aceito para publicação em: 10/01/2020.