

ARTIGO

## O DIREITO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

### EL DERECHO A LA SALUD FRENTE A LA POSIBLE RESERVA

### THE RIGHT TO HEALTH IN FRONT OF THE POSSIBLE RESERVE

---

Eleonora Barreto Guzzo<sup>1</sup>

#### RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo analisar a efetividade do direito à saúde positivada na Constituição Federal de 1988 e entender os limites da aplicação da reserva do possível, buscando doutrinas e decisões dos tribunais acerca do tema, considerando que cada vez mais são pleiteadas ações buscando a concretização do direito à saúde, contudo o Estado utiliza demasiadamente o argumento da reserva do possível como forma de defesa. Iniciam-se as pesquisas por meio de uma síntese dos acontecimentos históricos, do conceito de saúde e seus direitos pelos cidadãos ao longo do tempo e dos moldes constitucionais as quais têm institutos jurídicos que inovaram a ordem jurídica. Além disso, faz-se uma breve análise da origem da reserva do possível e o momento em que esta ganhou visibilidade no Brasil. Para finalizar, são examinados através de decisões judiciais os limites para a utilização da reserva do possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde; reserva do possível; direito social fundamental; judicialização

#### RESUMEN:

El propósito de este artículo es analizar la efectividad del derecho a la salud establecido en la Constitución Federal de 1988 y comprender los límites de la aplicación de la posible reserva, buscando doctrinas y decisiones de los tribunales en la materia, considerando que cada vez se buscan más juicios. Sin embargo,

---

<sup>1</sup> Graduanda do 10º período do curso de Direito pelo UNIFLU. Pós-graduanda do 2º módulo da especialização em direito médico pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduada em enfermagem em terapia intensiva pelo ISECENSA. Graduada em enfermagem pelo ISECENSA. Técnico em enfermagem pelo Jomasa. E-mail: [eleonoraguzzo@hotmail.com](mailto:eleonoraguzzo@hotmail.com)

buscando la realización del derecho a la salud, el Estado utiliza el argumento de reservarse lo posible como forma de defensa. La investigación comienza con una síntesis de los hechos históricos, el concepto de salud y sus derechos para los ciudadanos a lo largo del tiempo y los moldes constitucionales que tienen los institutos jurídicos que han innovado el orden jurídico. Además, se hace un breve análisis del origen de la posible reserva y el momento en que ganó visibilidad en Brasil. Finalmente, los límites para el uso de la posible reserva se examinan mediante decisiones judiciales.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la salud; posible reserva; derecho social fundamental; judicialización.

**ABSTRACT:**

The purpose of this article is to analyze the effectiveness of the right to health established in the Federal Constitution of 1988 and to understand the limits of the application of the possible reserve, seeking doctrines and decisions of the courts on the subject, considering that more and more lawsuits are sought. seeking the realization of the right to health, however, the State uses the argument of reserving the possible as a form of defense. Research begins with a synthesis of historical events, the concept of health and its rights for citizens over time and the constitutional molds which have legal institutes that have innovated the legal order. In addition, a brief analysis is made of the origin of the possible reserve and the moment when it gained visibility in Brazil. Finally, the limits for using the reserve as possible are examined through court decisions.

**KEYWORDS:** right to health; possible reserve; fundamental social law; judicialization.

## 1 - INTRODUÇÃO

Dentre os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal encontra-se o direito a saúde, o qual deve ser assegurado pelo Estado, que tem como titular todos os cidadãos. Tal direito traduz que a saúde deverá ser garantida de maneira integral, universal e igualitária a todos, através de políticas públicas e as diretrizes orçamentárias e suplementares, objetivando à melhoria na qualidade de vida por meio de serviços de amparo e recuperação. Observa-se o disposto no arts. 6º e 196 da Constituição Federal, *ipsis litteris*:

Art. 6º - “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.  
[...]

Art. 196 – “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1988, s.p.)

Tal direito se revela muito presente em tutelas de bens jurídicos demandadas em ações postuladas perante o Poder Judiciário. Abordam-se hipóteses tais como o custeio de tratamento médico e fornecimento de medicamentos. São nestas circunstâncias que a reserva do possível é aplicada de maneira mais evidente, visto que é habitualmente utilizada, sendo aceito ou não pelo órgão julgador. (PEREIRA, 2014, p. 119).

O presente trabalho tem por objetivo analisar a efetividade do direito à saúde positivada na Constituição Federal de 1988 e entender os limites da aplicação da reserva do possível. A relevância do tema decorre pelo fato do direito à saúde encontrar respaldo na Constituição Federal de 1988, como direito social fundamental, contudo há uma enorme discussão acerca da aplicabilidade da reserva do possível na concessão de tutelas quando tal direito é demandado em juízo através de ações e prestações estatais destinadas à satisfação dos direitos fundamentais.

Alega o Poder Público, usando da reserva do possível, que enfrenta limitações financeiras e estruturais, vez que, o acesso ao sistema é amplo e universal a todos os cidadãos, de forma que se torna impossível atender satisfatoriamente a todos. Além das reservas orçamentárias destinadas a execução de suas políticas e as impossibilidades oferecidas pelo SUS frente a pedidos demasiados. Pondera, ainda, que atender o individual compromete o atendimento ao coletivo, tomem-se as palavras de Ana Lucia Pretto Pereira a esse respeito: “[...] o atendimento das necessidades individualmente diminui a possibilidade financeira para realização de ações e serviços na área de saúde de maneira coletiva”. (PEREIRA, 2014, p. 119).

É realizado um planejamento orçamentário em que são designadas as verbas para a saúde preventiva e assistencial, de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são garantidores do direito à saúde, através do Sistema Único de Saúde. Todavia, quando tal direito é buscado pelas vias judiciais, e o Estado não dispõe de recursos públicos nem previsão orçamentária da despesa,

emprega-se a reserva do possível no intuito de limitar, ponderar e realizar escolhas perante os casos prioritários no que concerne ao direito à saúde. (RUVIARO; BORDIN; WOLF, 2018, p. 10).

Deve-se, portanto, atentar para o possível desencadeamento de um problema diante da intervenção em uma política de saúde não implementada, que se desorganizará e, conseqüentemente, afetará todo coletivo.

## **2 – O DIREITO À SAÚDE**

### **2.1 – Saúde: breve histórico**

Antes de discorrer sobre o tema “direito à saúde” é necessário, inicialmente, conceituar o que é saúde. Tal conceito passou por diversas transformações no decorrer do tempo e das constituições, de forma que cada doutrinador tem seu próprio conceito do que seja saúde.

Segundo Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C. considerado pai da medicina, a saúde está intimamente influenciada pela cidade e o tipo de vida de seus habitantes. Da mesma forma, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, acentua a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações. (SILVA, 2018, p. 9).

Dessa forma, o ambiente social do fim do século XIX e primeira metade do século XX, ápice da Revolução Industrial, deu margem à discussão acerca de duas grandes correntes que procuravam conceituar a saúde. De um lado, grupos que viviam em condições de vida miseráveis, ressaltavam a compreensão da saúde como intimamente ligado as variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A ocorrência de patologias como, por exemplo, a tuberculose era mais elevada nas classes sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Como consequência, as

medicações aprimoradas e adequadamente empregadas, acarretaram na cura de diversas doenças, salvando muitas vidas. (SILVA, 2018, p. 10).

Em 1946 foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS), e no preâmbulo de sua constituição a saúde foi conceituada como um estado de completo bem-estar físico, mental e social sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. Cumpre salientar, ainda, a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta foi aprovada por unanimidade, embora, segundo Fábio Konder Comparato, diversos países se abstiveram de votar, dentre eles União Soviética, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. (COMPARATO, 2003, p. 136)

Nota-se, portanto, que a saúde pode ser considerada como uma moderação entre o bem estar físico e mental, ou seja, se entende como o equilíbrio entre a busca por um corpo sadio e pela tranquilidade em saber que todas as condições materiais básicas para lograr êxito, neste aspecto, serão garantidas pelo Ente Público. Se o cidadão não encontrar esta estabilidade entre bem estar físico e mental, deverá desde logo demandar a concretização desse direito, visto que o Direito à Saúde, como veremos a seguir, encontra-se positivado na Constituição Federal de 1988 no título dos direitos fundamentais e como tal deve ser garantido pelo Estado.

## **2.2 - O direito à saúde antes da Constituição Federal de 1988**

Na Constituição Imperial de 1824, o Imperador identifica saúde pública como socorros públicos. Em seguida, no ano de 1889, o Brasil se tornava republicano, presidencialista e federalista, sendo que a participação democrática se quer era estimulada, o que caracterizou golpe de Estado. No decorrer desse período acontece o início do processo de industrialização do país, com a organização de sindicatos e do Partido Comunista Brasileiro (1922), que deram início a incitação de greves. Desta maneira, a Constituição Republicana de 1889 desenvolve a saúde pública, de início, somente aos contribuintes da Previdência Social que usufruiriam dos benefícios das políticas públicas de atenção à saúde, e assim, nitidamente,

percebe-se a desacordo com o princípio da universalidade. (VIEIRA, 2013, p. 285-286).

Alguns anos depois, com a Constituição de 1937, diante do processo de industrialização pelo qual passava o país naquele período, vislumbrou-se a efetivação dos direitos à saúde pública, entretanto mais voltada para os trabalhadores e os direitos a eles assegurados, dentre eles as férias, 13º, FGTS, adicionais e etc. (RODRIGUES, 2016, p. 26). Na Constituição de 1967 a saúde foi tratada nas competências da União que dentre outras era legislar sobre as normas gerais de defesa e proteção da saúde e aos trabalhadores, além de outros direitos já garantidos como a assistência hospitalar, sanitária e médica preventiva. (MARTINS, 2008, p. 52). Durante a vigência da constituição de 1969, a saúde também se encontra elencada no capítulo em que trata das competências da União, mais especificamente no art 8º, XIV e XVII, alínea c, *in verbis*:

Art. 8º - "Compete à União:

[...]

XIV - estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento;

[...]

XVII - legislar sobre:

[...]

c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário". (BRASIL, 1969).

Nessa perspectiva, o direito à saúde foi tratado pelas Constituições anteriores até Constituição Federal de 1988 sob a concepção de um seguro social vinculado a um modelo previdenciário em que apenas os inclusos ao sistema teriam acesso, não sendo visto como um direito social e sim uma mercadoria como qualquer outra dentro do mercado capitalista. (VIEIRA, 2013, p. 283).

### **2.3 – O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: um direito fundamental**

Os Direitos fundamentais são aqueles incorporados em uma norma ou código sendo próprio do indivíduo e decorrente da necessidade que este possuía para se amparar do poder abusivo, devido às diversas necessidades de cada época, de forma evolutiva e contínua dentro do contexto constitucional. (RANGEL; BARBOSA JUNIOR, 2019, p. 11-13).

No conceito de direitos fundamentais estão inclusos categorias de direitos como os naturais, os humanos, as liberdades públicas, os direitos públicos subjetivos, os civis e os direitos morais (PEIXINHO, 2004), porém cada um desempenha seu papel nos direitos fundamentais de forma inter-relacionada, não havendo de se falar numa existência integral. Pelo exposto, não há de se falar que os direitos humanos são direitos fundamentais, uma vez que estes vão além, por possuírem, em sua materialização, valores de outros direitos. (FERNANDES, 2010, p. 25).

Nos anos 80, mais precisamente entre 17 e 21 de março de 1986, ocorreu em Brasília/DF um evento que se constituiu em um marco para a história da saúde no Brasil, que foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde onde se destacou o conceito de direito à saúde, *in verbis*:

Direito à Saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às condições e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BRASIL, 1986, p. 4).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a ruptura do modelo anteriormente adotado de seguro social, passando a seguir a concepção de seguridade social, que estende o direito à saúde para todos, apartado de qualquer contribuição para o sistema. (RODRIGUES, 2016, p.26).

Hoje em dia, a saúde encontra-se classificada dentro os direitos de segunda dimensão, quais sejam, aqueles direitos positivos em que o Estado é conduzido a atuar em prol dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos. (PEREIRA; MORO, 2019, p.3). Adriane Bandeira Rodrigues parte da ideia que os direitos fundamentais constituem direitos da cidadania quando discorre na seguinte afirmação: “identifica-se o direito à saúde como um direito de cidadania, posto que o legislador constituinte brasileiro o elencou no rol desses direitos, no capítulo destinado aos direitos sociais”. (RODRIGUES, 2016, p.26).

Em julgado do STF tratando do direito à saúde, o Ministro Celso de Mello ao julgar o Recurso Ordinário com Agravo em que trata da manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, atribui ênfase na garantia do dever

estatal frente à norma constitucional e, ainda, o não acolhimento da reserva do possível quando esta afetar o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, conforme reproduzido no trecho do acórdão:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2014, s.p.).

Observa-se que, com a Constituição de 1988, o direito a saúde tornou-se um direito irrevogável, um direito fundamental do cidadão sendo, além disso, um dever do Estado uma vez dispõe o art. 196 do texto constitucional que “a saúde é um direito de todos e dever do estado [...]”. (BRASIL, 1988, s.p.). Desse modo, aponta a essencial obrigação do Poder Público para concretização desse direito. (SARLET, 2002, p. 338-339).

Por ser um direito de status positivo, fundamental, prestacional e de proteção pelo Estado brasileiro, o direito a saúde está sujeito a autorização obrigatória em caso de desrespeito aos cidadãos que habitam no país. Destarte, por ser um direito constitucionalmente previsto, faz jus à proteção especial pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possuindo, em caso de lesão ou ameaça, legitimidade para ingressar no poder Judiciário com finalidade de usufruir de um mínimo possível de saúde e dignidade. (COSTA; SOUZA, 2019, p. 207).

### **3 – RESERVA DO POSSÍVEL: UMA TESE CONTRÁRIA AO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO SOB OS ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E POLÍTICOS**

#### **3.1 – Contornos preliminares**

A reserva do possível teve origem, em 1972, no julgado *numerus clausus* proferido pela Corte Constitucional alemã em que se discutia a restrição do acesso ao ensino superior em contraposição a Lei Fundamental que garantia a liberdade de escolha da profissão. Nesse julgamento pelo tribunal alemão, baseado na reserva do possível, ficou assentado que não era possível impor uma obrigação que fugisse

do limite do razoável e possível, mesmo que o Estado possuísse recursos. Se ocorresse de modo diverso, haveria o comprometimento de programas que visavam à satisfação de outros interesses fundamentais, colocando a liberdade individual acima do comunitário e assim lesando e corrompendo o Estado Social. (OLSEN, 2006, p. 241).

Destacou-se a desnecessidade de pronunciamento acerca da exigibilidade do direito subjetivo a obtenção do bem jurídico, por entender não ter havido violação da Lei Fundamental, uma vez que o Estado alemão agiu em conformidade com o que a Corte veio a chamar de reserva do possível. Conforme se extrai da seguinte passagem da decisão:

Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jusfundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque conseqüências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. (OLSEN, 2006, p. 242).

No Brasil, a reserva do possível possui traços próprios. Isso porque a época em que ganhou visibilidade nos tribunais brasileiros o país atravessava um momento de transição econômica onde estavam reduzindo investimentos, mesmo que nas esferas de prioridade. Além disso, há um ponto considerável que é o papel realizado na proteção dos direitos fundamentais, frente à presença de direitos sociais constitucionalmente garantidos no ordenamento pátrio. (PEREIRA, 2014, p. 110).

Pelo exposto, doutrinadores como Robert Alexy asseveram que os direitos fundamentais são justiciáveis na medida em que haveria uma relação dividida entre Estado, sujeito e objeto da tutela do direito fundamental, de maneira que, sempre que caracterizada essa relação, surgirá para o sujeito titular do direito fundamental a capacidade de demandá-lo pelas vias judiciais. (ALEXY, 2008, p. 193).

Contudo, há o enfrentamento de uma grande problemática que se trata da escassez dos recursos, sendo esta, a responsável em boa parte pela não efetividade dos direitos fundamentais sociais. Frente a tal situação está a dimensão econômica relevante que estabelece restrições a sua materialização. (PEREIRA, 2014, p. 102).

### **3.2 – A reserva do possível utilizada como limite aos direitos fundamentais sociais**

A reserva do possível é corriqueiramente apontada, perante o judiciário, nos casos em que se postula a concessão de bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais sociais à saúde.

Para a aplicação e efetivação dos direitos constitucionais é necessário que haja implementação de políticas públicas para que não ocorra carência de recursos financeiros resultante da má distribuição de renda que gera desigualdade. No entanto, a alegação é no sentido de carência de fundos públicos e com isso “a gestão pública se prevalece da Reserva do Possível e se mantêm de forma ausente na política estatal e assim deixa lacunas perante a sociedade que afetam de forma cruel e desumana a população brasileira”. (RANGEL; BARBOSA JUNIOR, 2019, p. 17).

Conforme exposto no parágrafo anterior, o argumento rotineiramente utilizado pelo Poder Público envolve a limitação orçamentária e, também, estrutural que o SUS enfrenta isso decorre de uma execução que é universal e ampla a todos os cidadãos e assim não consegue atender devidamente a todos. Argumenta-se, ainda, que existem pedidos desmedidos e, conseqüentemente, limitantes em relação às possibilidades oferecidas pelo SUS, de modo que o cumprimento de tal necessidade individual afetaria a área da saúde de maneira coletiva. (PEREIRA, 2014, p. 122 e 123).

O problema que circunda a falta de recursos financeiros como barreira para a prestação da política pública, não deriva inexoravelmente do limitado orçamento público, senão da má administração dos cofres públicos e sua incorreta distribuição, assim como dos desvios das verbas ao qual deveriam ser destinadas. (PEREIRA; MORO, 2019, p. 12).

Em tema de repercussão geral, o Ministro Luiz Fux, através de acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 642.536/AP julgou a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública, através do qual salienta a ponderação na aplicabilidade da reserva do possível. Além de destacar a escassez dos recursos que está interligada ao fundamento da reserva do possível, conforme extrai-se do acórdão a seguir reproduzido:

Ponderando os princípios do 'mínimo existencial' e da 'reserva do possível', decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.  
[...] Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez'. (BRASIL, 2013).

O Estado deve, efetivamente, provar que não possui recursos suficientes para custear o direito pleiteado, visto que a mera exposição genérica de incapacidade financeira não deve ser acolhida e, ainda que fundamentada claramente a inviabilidade de determinada prestação, há um limite para aplicação da reserva do possível (FERREIRA FILHO, 2017, p. 172-173).

Em contraposição, existem situações em que se torna infundado o argumento da reserva do possível por parte do Estado. Isto ocorre quando, em atos anteriores, o mesmo publicou valores razoáveis para o custeio de determinada obrigação. Tal situação é apontada na Ação Civil Pública demandada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública ambos do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado e do Município do Rio de Janeiro, do Instituto de Atenção Básica e Avançada a Saúde – IABAS e da Empresa Pública de Saúde do Rio de Janeiro S/A – RIOSAÚDE, a fim de pleitear o imediato funcionamento dos hospitais de campanha para tratamento do COVID-19, vez que já se encontravam em estruturação e custeados com recursos financeiros remanejados através de inúmeros decretos editados pelo Prefeito do Rio

de Janeiro e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Extraí-se trecho da petição inicial, *in verbis*:

[...] os autores não estão postulando junto ao Poder Judiciário o cumprimento de obrigações não planejadas/previstas pelos entes públicos envolvidos; ao contrário, não obstante o dever constitucional dos demandados de garantir acesso universal a todos os usuários do SUS ao serviço de saúde pública, os demandantes tiveram o cuidado e a cautela de apenas postular a estruturação de leitos previamente planejados pelo Poder Público que, ao definir quais/quantos leitos seriam disponibilizados aos pacientes graves de COVID-19, estimaram e previram, presume-se, o volume de recursos financeiros necessários à concretização de seu próprio planejamento. Vale lembrar que, apenas nos últimos 30 dias, logo após o reconhecimento da situação emergencial decorrente da pandemia, tanto o ERJ quanto o MRJ, por meio, respectivamente, do Prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, e do Governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, editaram inúmeros decretos de remanejamento de recursos financeiros para as respectivas secretarias e fundos de saúde, atos administrativos praticados justamente para garantir o financiamento de ações de enfrentamento do COVID-19, entre elas, por óbvio, aquelas relacionadas à criação/estruturação dos leitos 1112 objeto desta demanda. Basta a mera leitura dos referidos decretos para se constatar, sem qualquer dificuldade, que o planejamento de leitos para o enfrentamento da pandemia foi acompanhado da respectiva previsão de recursos orçamentários". (RIO DE JANEIRO, 2020).

Reiterando o que foi exposto na ação supracitada, a decisão da concessão da liminar logrou êxito quando o juízo concedeu-a, enfatizando o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto no art. 196 e, ainda, negou prontamente o argumento da reserva do possível. Assim discorre:

Assim, verifico presentes, ao menos em um juízo de cognição sumária, os requisitos autorizadores da concessão liminar, no que tange à obrigação dos demandados em garantir à população o direito à internação e tratamento de saúde, inclusive, em Unidades ou Centros de Terapia Intensiva, principalmente em época de estado de emergência de saúde pública, garantindo-se o desbloqueio e disponibilização de todos os leitos SRAG dos hospitais de campanha previstos no Plano de Contingenciamento Estadual e Municipal (...) Como sabido, o artigo 196 da Constituição da República de 1988 estabelece que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Cuida-se de direito fundamental consagrado pela Constituição da República, de caráter prioritário, inserido no mínimo existencial, pelo que se refuta, desde já, na presente hipótese, a alegação da reserva do possível. Demonstrada está a presença da verossimilhança das alegações da parte autora. (RIO DE JANEIRO, 2020).

Por outro lado, Ricardo Perlingeiro traz seu posicionamento em relação a compreensão no que se refere a não garantia do Estado em tamanha amplitude a todos os direitos sociais, apontando como compreensível a indicação de benefícios que possuem prioridade sem causar prejuízos a outros direitos existentes (PERLINGEIRO, 2014, p. 202). Assim, também segue o pensamento de Paulo Sérgio Ferreira Filho:

A reserva possível ocorre em face da escassez dos recursos públicos, pregando-se não ser exigível ao Estado que garanta de forma ampla e inequívoca todos os direitos sociais por ele devidos, pois tal tarefa seria materialmente impossível. Relaciona-se a este princípio com prerrogativa legislativa de selecionar, por meio da legitimidade que a democracia representativa concedeu ao Parlamento, quais benefícios sociais são prioritários para a população, sem que isso importe em limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes. (FERREIRA FILHO, 2017, p. 172-173).

Como garantidor dos direitos e garantias individuais, destacando aqui o direito à saúde, o Poder Judiciário tem legitimidade para intervir nas ações do Poder Executivo e Poder Legislativo de forma a ser exercida a política pública como proteção aos direitos individuais e a dignidade da pessoa humana, o que significa que mesmo em demandas individuais, o Estado deverá garantir uma vida digna a cada cidadão, e conseqüentemente pautar pelo bem-estar coletivo. (PEREIRA; MORO, 2019, p. 13-14). Não se trata tão somente ter o fator recurso disponível, e sim o executar em conformidade, em coesão com as necessidades dos que necessitam da contraprestação estatal para garantir o cumprimento de seus direitos. (SIQUEIRA; PETRIS, 2017, p. 192).

#### **4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vislumbra-se que o simples argumento da reserva do possível não enseja fundamento considerável para o descumprimento de um direito fundamental social. É necessário demonstrar a efetiva carência de recursos razoáveis e capazes de impossibilitar a tutela jurisdicional do direito à saúde, como também o desequilíbrio da pretensão deduzida. Destarte, o cidadão fica refém do Estado e da disponibilidade financeiro-orçamentário para a concretização de um direito que se encontra constitucionalmente reconhecido.

Nota-se, ainda, que deve haver conexão ao que o indivíduo pleiteará, de modo que, embora o Estado possua recursos, é necessário respeitar os limites do razoável, não se podendo falar em obrigação de prestar algo que fuja do coerente e afete todo o coletivo.

A conclusão que se chega sobre essa questão é que deve haver equilíbrio e cautela no estudo de cada caso concreto, através de formulação de perguntas técnicas e quesitos, a fim de que o Poder Judiciário avalie a real necessidade do direito pleiteado. Cumpre destacar, que a análise deve se estender a organização da Administração Pública, isto porque atualmente há diversas decisões judiciais excessivas que se fundam meramente na inviolabilidade do direito à vida, enquanto o que se deveria era ter uma investigação da real necessidade. A falta de cuidado nesse sentido gera instabilidade na organização administrativa, além de causar turbulento desequilíbrio nos recursos financeiros que visavam projetos públicos abarcando o bem-estar coletivo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Brasil: Malheiros, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. *8ª Conferência Nacional de Saúde*. 1986. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf) Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1969*. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) Acesso em: 13 de jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 20 de abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo* nº 745.745/MG da 2ª Turma. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 02 de dez. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923> Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 642.536/AP da 1ª Turma, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fev. 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>.

Acesso em: 28 jul. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, pag. 136. 2003.

COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do estado de coisas inconstitucional. *Rev. Campo Jurídico*, Barreiras, v. 7 n. 2, p.204-227, jul./dez. 2019.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. *Licenciamento Ambiental Municipal: um instrumento local de efetivação de direitos fundamentais. Brasil 1988-2008*. Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. *Ministério Público e a Regularização Fundiária Urbana em Áreas de Preservação Permanente: Análises econômica e comportamental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/args/cp007711.pdf> . Acesso em: 10 jun. 2020.

PEIXINHO. Manoel Messias. *Teorias e Métodos de Interpretação dos Direitos Fundamentais*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: PUC, 2004.

PEREIRA. Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Niakson Cardozo; MORO, Rosângela del. Ações judiciais de medicamentos e o direito à saúde: uma análise sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da reserva do possível na comarca de Criciúma – SC. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 16. Santa Cruz do Sul, 2019. Anais... Santa Cruz do Sul: Universidade Cruzeiro do Sul, 2019. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19549>. Acesso em: 28 jul. 2021.

PERLINGEIRO, Ricardo. ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 16, n. 2, jun. 2014. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2969/2524> . Acesso em: 26 jun. 2020.

RANGEL, André Farias; BARBOSA JUNIOR, Narciso da Silva. *Direitos Fundamentais e sociais no Brasil: uma análise do ativismo judicial e seus reflexos na sociedade*. *Revista da OAB Olinda*, v. 2, n.1, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação civil pública nº 0092893-07.2020.8.19.0001*, da 14ª Vara de Fazenda Pública. 2020. Fls. 32 a 34. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Decisa%CC%83o\\_desbloqueio\\_de\\_leitos.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Decisa%CC%83o_desbloqueio_de_leitos.pdf) Acesso em: 25 maio de 2020.

RODRIGUES, Adriane Bandeira. *A judicialização do fornecimento de medicamentos frente à universalidade do Sistema Único de Saúde – Criciúma/SC* : Ed. do autor, 2016.

RUVIARO, Larissa Melez; BORDIN, Michele Rabenschlag; WOLF, Karen Emília Antoniazzi. Reserva do possível e judicialização do direito à saúde. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Santa Maria*, Santa Maria, v. 13., 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Direito e Democracia*, Canoas. v.3, n.1, 2002.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Distrito Federal. Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2018 Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_a\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_a_SAUDE_por_Leny.pdf) Acesso em: 21 mai. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PETRIS, Maria Eduarda Pires. Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização. *Revista Jurídica*, v. 1. n. 46. P 188-203. Curitiba, 2017.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde*, 2013. 527 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.