

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE NO BRASIL

THE THEORY OF RESERVE FOR CONTINGENCIES AND ITS USE BY THE JUDICIARY IN HEALTH'S DEMANDS IN BRAZIL

EMMANUELLE KONZEN CASTRO 1

RESUMO: A expressão “reserva do possível” surgiu na jurisprudência germânica na década de 70, por meio do julgamento de dois controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera. Logo após, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”. A expressão passou a ser utilizada não só na Alemanha, mas também em Portugal e no Brasil. No entanto, verifica-se que o traslado da teoria para a jurisprudência nacional ganhou um sentido diferenciado do originário advindo da jurisprudência germânica. Objetiva-se, com este artigo, fazer um estudo da teoria da “reserva do possível” advinda da decisão BVerfGE 33,303 (*numerus clausus*) germânica e analisar os problemas interpretativos e que permeiam o uso da teoria no Brasil, utilizando-se como aporte o direito comparado.

Palavras-chave: Direito Constitucional brasileiro; Direito Constitucional germânico; Efetividade dos direitos sociais; Reserva do possível.

ABSTRACT: The term “reserve for contingencies” arose in a German lawsuit in the 70s, during the trial of two specific controls, presented by the Administrative Court of Hamburg and Bavaria. Soon after, the term spread, and it’s possible to talk about a “theory of reserve for contingencies.” The expression began to be used not only in Germany but also in Portugal and Brazil. However, one can notice a change in the meaning of the term, originated from German jurisprudence. Therefore, the purpose of this paper is to study the theory of “reserve for contingencies” arising from the trial of the case BVerfGE 33.303 (*numerus clausus*) German and analyze interpretative problems that permeate the use of this theory in Brazil, based in Comparative Law.

Keywords: Brazilian Constitutional law; German Constitutional law; Effectiveness of social rights; Reserve for contingencies.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Estudos *Paideia* Jurídica. Foi professora do Curso de Aperfeiçoamento do CAED-UAB/SECADI “Paideia Jurídica na Escola” (2014). Advogada. E-mail: emmanuellekonzen.adv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Neste texto, faz-se uma reflexão acerca da expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), criada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em um contexto específico e analisar a real interpretação da teoria em sua forma originária, por meio da análise dos argumentos utilizados no julgado. O texto faz também um breve estudo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e de como é estruturado o Tribunal Constitucional Federal alemão. Pretende-se de forma comparativa, analisar a interpretação que é dada à expressão “reserva do possível” no Brasil e sua utilização pelo Judiciário, principalmente nas demandas de saúde e indicar possíveis equívocos e deturpações que ocorreram ao se importar a expressão e aplica-la para denegar direito fundamental indispensável à vida. Entende-se que deve se dar uma interpretação condizente com a dignidade da pessoa humana e com a máxima eficácia das normas constitucionais, sempre protegendo o direito ao mínimo existencial do cidadão.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL GERMÂNICO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Tribunal Constitucional Federal é o órgão jurisdicional máximo na Alemanha, possuindo competências parecidas com o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Segundo Jürgen Schwabe:

A função do Tribunal Constitucional é a concretização da Constituição por meio de sua interpretação. Desse modo, sua tarefa é desenvolvida, não apenas no campo do conhecimento do direito, mas também no da criação. Daí decorre que no centro de sua jurisprudência se encontre a proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal determina as diferentes funções de um direito fundamental, e dá sempre prevalência àquela interpretação que expressa com maior vigor a efetividade jurídica da norma respectiva. (SCHWABE, 2005, p. 29-30)

Ainda segundo o autor, a importância do Tribunal Constitucional Federal somente pode ser compreendida a partir do conhecimento do sistema organizacional constitucional da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) e de sua interpretação pelo próprio Tribunal. Os aspectos relevantes abarcam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional Federal e o *status* que o Tribunal possui de órgão constitucional, diferenciado dos órgãos jurisdicionais e de todos os demais órgãos constitucionais, com preponderância da interpretação e aplicação das normas constitucionais. (SCHWABE, 2005)

Segundo Gilmar Mendes (2007), a Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias, mas desempenha uma função especial, que é a jurisdição constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal é constituído por dois senados, cada um composto por oito juízes. O primeiro senado decide primordialmente, sobre direitos fundamentais e o segundo, sobre matéria de organização do Estado. Além dos senados, funcionam duas Câmaras compostas por três juízes, que tem a atribuição de decidir sobre questões de admissibilidade da Reclamação Constitucional e, considerados alguns pressupostos, até mesmo sobre o deferimento da mesma. (SCHWABE, 2005)

Com relação à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, tem-se que ela foi aprovada logo após a Segunda Guerra Mundial, daí percebe-se a primazia que ela dá aos direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e os direitos de liberdade, previstos logo nos primeiros artigos. É considerada a lei máxima alemã, sob as quais todas as demais leis e órgãos devem se submeter. Na primeira parte da Lei Fundamental, estão previstos os direitos fundamentais e a partir do artigo 20 estão positivados os direitos de organização estatal.

Segundo Andreas J. Krell, “atribuiu-se, de maneira geral, à Alemanha um certo “papel pioneiro” no tratamento doutrinário e jurisprudencial dos Direitos Fundamentais no seio da Comunidade (e posterior União) Européia”. (KRELL, 2002, p.43). A diferença é que a Lei Fundamental, não positivou de forma expressa nenhum direito social como, por exemplo, o direito dos trabalhadores, direito à saúde, educação, etc², como acontece na Constituição Brasileira de 1988 e na Constituição Portuguesa. Segundo Krell, tal fato se deve “às más experiências com a Carta anterior de Weimar” (KRELL, 2002, p. 45). Para a doutrina alemã, essa Carta serviu como um modelo de Constituição fracassada que contribuiu para a radicalização da política e para a tomada do poder pelos nazistas em 1933.

Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora. (KRELL, 2002, p. 46)

Ainda que os direitos sociais não estejam positivados na Lei Fundamental alemã de 1949, eles são passíveis de tutela estatal.

A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado social” (artigo 20, LF), representa uma “norma-fim de Estado” (*staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente direitos. (KRELL, 2002, p. 48)

A Constituição brasileira de 1988, diferentemente da alemã, positivou uma série de direitos fundamentais-sociais, em seu artigo 6º. Ainda assim a Carta Magna possui em grande parte os mesmos princípios e garante os mesmos direitos que a Lei Fundamental alemã.

Nesse sentido Krell ressalta:

A dogmática constitucional alemã certamente é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental de 1949. Essas doutrinas germânicas disseminaram-se através de doutrinadores da Espanha e de Portugal, países que, por sua proximidade cultural e linguística, exerceram forte influência nas ciências jurídicas brasileiras, sobretudo no âmbito do Direito Público. (KRELL, 2002, p. 46)

Verifica-se que, embora a dogmática constitucional alemã tenha contribuído positivamente na formulação de alguns princípios e direitos fundamentais no Brasil, nem sempre a sua jurisprudência deve ser adaptada à realidade brasileira. Ora, a Alemanha há alguns anos já vivencia o Estado de bem estar social (*welfare state*), não passando pelos graves problemas sociais existentes no Brasil, que ainda luta para erradicar a pobreza extrema e a fome, sem contar os altos níveis de corrupção e desvios de verba pública existentes no país que dão destinação adversa aos recursos públicos, do previsto constitucionalmente.

Segundo Jan Woischinik (SCHWABE, 2005), diretor do programa Estado de Direito para a América do Sul, verifica-se que há uma tendência na cultura nacional e que também está presente no Direito,

2 Com exceção do direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade, previsto no artigo 6º, IV.

de importação e tradução de termos utilizados em países de culturas e realidades sociais totalmente diferentes da brasileira de forma cega, ou em certos casos, instrumentalizando-os, sem lembrar ou ser capaz de compreender a proveniência de seu uso no contexto presente. Ressalta, ainda que “deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida” (SCHWABE, 2005, p. 28).

Segundo o mesmo autor, indubitavelmente, a jurisprudência alemã não deve ser aplicada em uma relação equivalente nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos, tendo em vista que:

Nossas constituições baseiam-se, em grande medida, nos mesmos princípios, e garantem os mesmos direitos; em alguns casos, até no seu teor são idênticas. Isto porque as constituições latino-americanas foram, de modo geral, concebidas consoante o modelo das constituições europeias e norte-americana. Entretanto, na realização dos direitos fundamentais não foi atingido em todos os lugares idêntico padrão. O traslado das liberdades e direitos garantidos para a realidade social requer uma instituição independente, cuja função seja a de vigiar esse processo. Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão teve 50 anos para desenvolver sua jurisprudência constitucional, nos países latino-americanos os tribunais constitucionais e as salas constitucionais são criações relativamente recentes – ou ainda por realizar-se. (SCHWABE, 2005, p. 28)

Nesse sentido, torna-se questionável a apropriação e a aplicação de determinados conceitos utilizados na jurisprudência estrangeira pelos Tribunais brasileiros, sem antes haver um estudo adequado do contexto e das condições em que aquele julgado ocorreu. Foi constatado que muitas vezes a interpretação desses conceitos é feita de maneira distorcida e totalmente diversa da jurisprudência que os originou, gerando uma verdadeira modificação do real significado da teoria quando da sua aplicação ao caso concreto.

Para ilustrar o que foi dito partiu-se da análise da decisão BVerGE 33,303 (*numerus clausus*) germânica que serviu de ponto de partida para a estruturação originária da teoria da “reserva do possível”, que vem sendo utilizada corriqueiramente pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

3. ESTUDO DO CASO BVERFGE 33,303 (NUMERUS CLAUSUS) GERMÂNICO E DA TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na decisão BVerGE 33,303³ (*numerus clausus*) na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. O caso analisou a constitucionalidade, em controle concreto, das leis estaduais de Hamburg (Lei Universitária de Hamburg) e da Baviera (Lei de Admissão às Universidades Bávaras). Essas leis estabeleciam limitações de acesso ao ensino superior no curso de medicina, fato que foi questionado perante o Tribunal Constitucional Federal. Foi alegada a afronta ao artigo 12, I da Lei Fundamental alemã, que estabelece que: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de aprendizagem. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei.” (ALEMANHA, 1949).

Em decorrência da limitação do número de vagas no curso, vários candidatos tinham que ficar esperando a oferta de novas vagas e os que não tinham condições de esperar optavam por outro curso, o que prejudicava a liberdade de livre exercício profissional.

Ressalta-se um dos argumentos utilizados pelo Tribunal é que nesse caso o número de es-

3 Decisão foi consultada em Schwabe, Jüngen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. A decisão pode ser consultada no idioma original em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

tudantes de medicina na cidade de Hamburg e Baviera já era demasiadamente alto, não sendo necessária a abertura de novas vagas, conforme trecho da decisão:

Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha]. (SCHWABE, 2005, p. 664-665).

Ademais, por meio do trecho da decisão abaixo, percebe-se que houve o cuidado para que a aplicação do *numerus clausus* observasse a razoabilidade, de modo que não houvesse um crescimento absoluto do número de pessoas recusadas no curso de medicina:

Se o número das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina, até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto se encontre à margem do constitucionalmente aceitável. (SCHWABE, 2005, p. 662-663).

Em linhas gerais, o caso em questão trata do questionamento sobre a não existência de vagas para todos os candidatos que quiserem ingressar no curso de medicina nas universidades de Hamburg e Baviera e foi decidido que a alocação de dispendiosos recursos para a criação de novas vagas não atenderia aos interesses prioritários da coletividade, conforme trecho da decisão abaixo:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a *reserva do possível*, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. (...) Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (SCHWABE, 2005, p. 662-663) (grifos nossos).

Observa-se que a concepção originária da “reserva do possível”, construída no Tribunal Constitucional Federal Alemão, centralizou a análise do mérito da questão no *princípio da razoabilidade*, decidindo pela impossibilidade de se destinar recursos do Estado, mesmo que existentes, para conceder privilégios a poucos em detrimento das demais demandas sociais, *considerando-se o alto número de alunos já matriculados no curso de medicina e às demandas individuais flutuantes*. A decisão não faz referência expressa à incapacidade econômica do Estado alemão, mas à razoabilidade em se investir recursos para se criar novas vagas em um curso que em curto prazo poderia não ter a mesma demanda. (SCHWABE, 2005, p. 663)

A ideia da “reserva do possível” serviria, com isso, como um limite às pretensões dos indivíduos em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais, com base no critério de proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, foram analisadas e consideradas questões fáticas atinentes ao caso e não questões

de disponibilidade financeira somente. O objetivo da decisão não foi atrelar a efetividade do direito à capacidade orçamentária e *sim aos interesses prioritários da própria sociedade*.

Feitas essas considerações acerca da interpretação da expressão “reserva do possível” na forma originária, passa-se a interpretação que se tem da teoria no Brasil.

4. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NOS JULGADOS BRASILEIROS

No Brasil, a teoria da “reserva do possível” foi importada e é constantemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal a fim de justificar a impossibilidade de concessão de pedidos principalmente na área da saúde, educação e pagamento de precatórios.

Daniel Wang (2010) fez um estudo da jurisprudência do STF e verificou que, na área da saúde a expressão “reserva do possível” até 2007 não era utilizada para denegar direitos, com isso, todas as decisões analisadas concediam o medicamento pleiteado. Segundo o autor:

Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento. (WANG, 2010, p. 354)

Foi verificado que após 2007, os argumentos utilizados pelos ministros tiveram uma maior preocupação com as consequências orçamentárias de suas decisões, relacionando a “reserva do possível” à capacidade financeira do Estado.

Questiona-se, contudo, se o Judiciário possui legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. (KRELL, 2002). Como o Judiciário poderia verificar essa capacidade financeira, se não há uma inter-relação e um diálogo com o Executivo e Legislativo na busca de informações sobre isso? O ideal seria haver uma dialogicidade entre as três funções no poder, mas principalmente entre o Judiciário e o Executivo, a fim de que seja informado a este último quais as maiores demandas que chegam ao Judiciário, para que o Executivo promova as políticas públicas que supram tais omissões, evitando, assim, a propositura de novas ações para situações semelhantes. A utilização da expressão “reserva do possível” é um paliativo que apenas dá desculpas para questões consideradas irremediáveis, tendo em vista a situação lastimável em que se encontra a saúde pública atualmente.

Ademais, a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo, como a Alemanha e sua aplicabilidade em países com realidades culturais, históricas e acima de tudo socioeconômicas completamente diferentes compromete a própria efetividade e construção dos direitos sociais que ainda está em processo de consolidação e desenvolvimento nessas regiões.

Ressalte-se, no entanto, que a referida teoria em sua forma originária não foi utilizada para denegar direito fundamental indissociavelmente ligado à vida. Trata-se de uma decisão prolatada em um país de primeiro mundo que não passa pelos graves problemas sociais como os de saúde pública e miséria vivenciados no território nacional. “Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia.” (KRELL, 2002, p. 53)

Ademais, o principal fundamento utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na análise do mérito se centrou no melhor atendimento aos interesses prioritários da coletividade.

Verifica-se que o sentido original atribuído à expressão “reserva do possível” é muito diferente do utilizado por alguns autores e juristas no Brasil, país em que a alocação de recursos não atende aos interesses da coletividade, mas de minorias que se encontram no poder. De acordo com Krell, o problema não está na escassez de recursos, mas em sua alocação que não atende aos interesses da comunidade:

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. (KRELL, 2002, p. 52)

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009), no Brasil é adotada a reserva do possível fática, significando uma mudança de interpretação do paradigma estrangeiro. “Denota a confusão com o *limite* (fático) *do limite* (reserva do orçamento), que opera dentro do âmbito de proteção do mínimo existencial e não é meramente heurístico”. (TORRES, 2009, p. 110). Para o autor nem todos os direitos sociais são fundamentais. Portanto, deve haver uma diferenciação entre um e outro. Os direitos sociais dependem da reserva orçamentária, no entanto, os direitos fundamentais não podem estar condicionados à “reserva do possível”, por constituir o mínimo existencial à sobrevivência e dignidade humana.

Segundo Torres “de feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento”. (TORRES, 2009, p. 84).

O direito à saúde é um direito fundamental e social (artigos 6º e 196 e ss. da CF) que apesar de ser um direito coletivo, também pode ser objeto de demandas individuais. Pois, ainda que os direitos sociais e fundamentais tenham uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) também são direitos fundamentais de cada pessoa individualizada e, por isso, não se pode afastar a possibilidade de tutela individual. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 39)

O Judiciário ao se deparar com a demanda de saúde deve verificar se ela corresponde à garantia do mínimo existencial, caso positivo o conteúdo essencial do direito fundamental não deve ser objeto de ponderação, não estando sujeito à “reserva do possível”.

A interpretação do que seria o mínimo existencial à saúde deve ser a máxima possível. “As políticas públicas, inclusive judicializadas, devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial”. (TORRES, 2009, p. 126)

Ademais, tem-se que a atual Constituição alinhou-se ao conceito mais amplo do direito à saúde que abarca a noção curativa, preventiva e promocional, conforme estabelecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a *ausência de doença ou enfermidades*. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.40).

O direito à saúde é um direito fundamental indissociavelmente ligado ao direito à vida e dignidade humana. O Judiciário como guardião da Constituição tem a função de auxiliar na concretização dos direitos fundamentais quando o Executivo não vem cumprindo adequadamente a sua função.

Segundo Canotilho:

quando se fala de “repartição” ou “separação” de poderes o que, em rigor, se recorta em termos de “repartição” ou “separação” é a atividade do Estado e não o poder do Estado. O resultado desta divisão não é a existência de vários “poderes”, mas a existência de funções diferenciadas. (CANOTILHO, 2002, p. 545)

Cabe ao Judiciário como função do Estado auxiliar na efetivação do direito fundamental à saúde aos cidadãos quando a política pública é falha ou ineficiente.

Não se está aqui a defender a concessão de toda e qualquer prestação, mas a utilização do

princípio da razoabilidade e proporcionalidade ao se analisar o caso.

O principal problema se encontra no fundamento das decisões judiciais. Denega-se uma prestação ou concede-se sem critérios objetivos. O fundamento utilizado ao se denegar a pretensão é a “reserva do possível”, mas não há comprovação detalhada de que não há realmente recursos para aquela demanda sem comprometer o orçamento. Da mesma forma ao se conceder, alega-se prevalência do “direito à vida”, mas não há comprovação de que aquele medicamento ou tratamento já está amparado em políticas públicas prévias ou se é realmente eficaz para a doença do reclamante, tendo em vista essas questões não estarem na alçada de conhecimento dos magistrados.

As demandas de saúde hoje envolvem questões complexas que fogem da competência do Judiciário. Os juízes que integram as Varas de Fazenda Pública e as Varas Cíveis, muitas vezes, não têm conhecimentos sobre saúde pública, políticas públicas, orçamento público, dentre outras complexas questões. Ademais, o que a realidade nos mostra é que não há tempo hábil para analisar tão pormenorizadamente essas questões, tendo em vista o grande número de demandas e a urgência que apresentam.

As decisões são prolatadas e não há em contrapartida a melhoria da política pública. Torna-se um círculo viciosos em que há o ingresso cada vez maior de ações judiciais em busca de prestações de saúde, em decorrência do sistema ser inoperante e continuar a ser.

Como solução para o problema, entende-se que é necessário um maior diálogo entre as esferas de poder, como o Princípio da Separação de Poderes prega, a harmonia e interdependência das funções, a fim de que o Judiciário auxilie efetivamente o Executivo na reelaboração da política pública, assim como receber aporte desse último para melhor fundamentar suas decisões.

No entanto, como o diálogo entre as esferas de poder ainda é insipiente, o Judiciário deve julgar da melhor forma possível, sem se apropriar de teorias alienígenas e sem interpretá-las de forma a obstar a fruição de direito fundamental indispensável à sobrevivência.

O magistrado deve se utilizar do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para se evitar excessos ou insuficiências, devendo garantir sempre o mínimo existencial ao cidadão que seria a garantia das condições mínimas para uma existência digna.

A alegação de falta de recursos não pode obstar a proteção do mínimo existencial à saúde.
Segundo Canotilho:

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*. (CANOTILHO, 2003, p. 481)

No mesmo sentido, relevante é a colocação de Sarlet:

[...] se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo de intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, &1º, da CF, que *cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos*. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 32).

Para finalizar todo o exposto cito o relevante posicionamento de Alexandre Simões (2013) que faz uma abordagem desconstrutivista da teoria da “reserva do possível” e do mínimo existencial. O autor busca contextualizar, adotando um viés diferente, os fatores dominantes e causadores da violência simbólica inserida em tais teorias, a fim de verificar se, por meio do desconstrutivismo, se elas ainda se demonstram sustentáveis ante o modelo sócio-político-econômico estruturados na CR/88. Segundo o autor a aceitação dessas teorias no Brasil se dá em decorrência da prevalência de uma ética predominantemente de mercado e que “outros contornos foram, pouco a pouco, insidiosamente doutrinária e jurisprudencialmente agrupados na referida teoria, até chegarmos à sua concepção hodierna”. (SIMÕES, 2013, p. 157). Conclui que diferentemente do contexto germânico em que as teorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” foram criadas, no qual a hierarquia dominante dessas teorias era “a existência digna” e não “mínima”, assim como a “reserva do possível” era um meio para proporcionar uma melhor distribuição (mais razoável e proporcional) dos recursos do Estado, impedindo, sim, a existência de privilégios, no Brasil elas são usadas para vilipendiar a efetividade de direitos sociais essenciais à sobrevivência.

A “reserva do possível” é utilizada para denegar o direito à saúde, indispensável para a sobrevivência, mas ela é apenas uma justificativa para as escolhas do administrador público. Ora, como é possível se falar em “reserva do possível” e em “recursos escassos” em um país com uma das maiores cargas tributárias do mundo?

Veja-se anualmente o aumento de salário dos membros da Câmara dos Deputados e da alta cúpula do Judiciário, além dos diversos auxílios que recebem em plena crise econômica, nesses casos como em diversos outros, nunca há a alegação da “reserva do possível”. Sempre há orçamento para tais benesses a meu ver inconstitucionais.

É premente banir qualquer forma de expropriação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. A situação de exclusão social no Brasil existe e está cada vez mais acentuada frente às obtusas escolhas do administrador, que apenas reforçam interesses pessoais, sobrepondo-os aos interesses da coletividade.

5. CONCLUSÃO

Entende-se que apesar do direito alemão e de suas teorias exercerem influência positiva no sistema jurisdicional brasileiro, como na abordagem que dão aos princípios constitucionais e na introdução da razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais, deve-se ter muito cuidado para a forma como essas teorias estão sendo utilizadas pelos Tribunais brasileiros. Verifica-se que há enormes distorções quando da aplicabilidade dessas teorias, como acontece com a “reserva do possível” e inúmeras outras, gerando grandes prejuízos para a construção e efetividade dos direitos sociais e fundamentais no Brasil.

Quando o Judiciário se depara com uma pretensão de saúde deve verificar se está consubstanciado no mínimo existencial, ou seja, se é essencial à sobrevivência do cidadão. Caso positivo o direito não pode ser obstado sob alegação da “reserva do possível”.

Ademais, deve-se, ao introduzir certas teorias advindas do direito e jurisprudência alienígena, sempre interpretá-las de acordo com a Constituição e o contexto histórico em que a sociedade está inserida, sob pena de se construírem teorias obtusas e que vilipendiam direitos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestsellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.11-53, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 02 jun 2014.

SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.77, p. 149-164, jan./fev. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo 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"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 349-371, 2010.

Recebido em: 15/02/2016

Aprovado em: 30/03/2016