

Economic Analysis of Law Review

A Reserva do Possível e as Prestações de Saúde de Alto Custo na Pandemia do Covid-19

The Reserve of the Possible Theory and High-Cost Health Provisions in the Covid-19 Pandemic

Jadson Correia de Oliveira ¹
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Marcia Bittencourt Barbosa Matias ²
Universidade Católica de Salvador (UCSal)

RESUMO

A determinação do isolamento social, com a consequente interrupção de algumas atividades econômicas, que põs em rota de colisão o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde, como forma de conter o avanço do COVID-19, fez emergir a necessidade de repensar a teoria da reserva do possível a partir de um prisma no qual as finanças públicas estejam ainda mais desequilibradas. Neste sentido, com vistas a resguardar o sistema de saúde brasileiro, o presente artigo, valendo-se do método hermenêutico sistemático e, a partir de pesquisa qualitativa, avalia a importância da aplicação da referida teoria, especificamente, nas prestações de alto custo, em conformidade com o contemporâneo cenário socioeconômico brasileiro. Assim, a investigação inicia analisando a alegada premissa da escassez dos recursos e a concepção dos custos dos direitos, a partir de uma perspectiva casuística. Em seguida, foi verificada a incorporação da referida teoria pelo direito brasileiro, replicando o precedente alemão sem, contudo, observar as peculiaridades do Brasil. Por fim, após as análises acima citadas, foi possível inferir que a aplicação da reserva do possível, face às prestações de saúde de alto custo, deve estar balizada por elementos éticos, jurídicos e econômicos, aferidos concretamente, casuisticamente, pelos magistrados.

Palavras-chave: Ética; Escassez de recursos; Bioética; Custos dos Direitos; Direitos positivos; Direitos negativos.

JEL: K10.

ABSTRACT

The determination of social isolation, with the consequent interruption of some economic activities, which put the principle of free enterprise and the fundamental right to health on collision course, as a way to contain the advance of COVID-19, has given rise to the need to rethink the reserve of the possible theory from a prism in which public finances are even more unbalanced. In this sense, in order to protect the Brazilian health system, this article, using the systematic hermeneutic method and based on qualitative research, evaluates the importance of applying this theory, specifically, in high-cost services, in accordance with the contemporary Brazilian socioeconomic scenario. Thus, the investigation begins by analyzing the alleged premise of scarcity of resources and the conception of the costs of rights, from a case-by-case perspective. Then, the incorporation of that theory into Brazilian law is verified, replicating the German precedent without, however, observing the peculiarities of Brazil. Finally, after that, it was possible to infer that the application of the reserve of the possible, in the face of high-cost health services, must be guided by ethical, legal and economic elements, measured concretely, on a case-by-case basis, by the magistrates.

Keywords: Ethics; Shortage of resources; Bioethics; Cost of rights; Positive Rights; Negative rights.

R: 22/06/21 **A:** 14/04/22 **P:** 31/08/22

¹ E-mail: jadson_correia@hotmail.com

² E-mail: procuradora2012@gmail.com

1. Introdução

Com a Pandemia do COVID 19 e a possibilidade de uma queda arrecadatória de tributos, é relevante avaliar o atual cenário das prestações de alto custo no campo da saúde e a constante possibilidade de alegação da teoria da reserva do possível, sob uma perspectiva de análise da real escassez mensurada casuisticamente pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, e considerando que os tribunais entendem que o artigo 196 da Constituição garante a subjetivação do direito de saúde, bem como, que em tempos pandêmicos pautados pela adoção de medidas restritivas à atividade empresarial, a capacidade arrecadatória do Estado poderá ser reduzida face a dificuldade econômica enfrentada pelo mercado.

Assim, a partir das premissas acima descritas, surge o seguinte questionamento de pesquisa: A suscitação da teoria da reserva do financeiramente possível, num cenário de pandemia, no qual foram adotadas medidas restritivas ao exercício de atividades econômicas, tem seu espaço diminuído ou ampliado, uma vez que a arrecadação do Estado tende a cair?

A pesquisa se justifica sob a necessidade de aferir a possibilidade de as cortes refutarem a referida teoria, independentemente do cenário de pandemia, em prol da defesa do direito fundamental à saúde ou se, num contexto de pandemia, com relevantes efeitos para o cenário socioeconômico nacional, a supracitada teoria perde força, cedendo espaço ao direito à saúde, casuisticamente analisado.

Nesse sentido, para alcançar o seu desiderato, a investigação inicia abordando os desdobramentos da premissa de escassez real e ficta e a efetivação prioritária de direitos fundamentais, a partir de uma ótica voltada aos custos reais e concretos, considerando um adequado planejamento orçamentário pelo Estado.

A pesquisa se desenvolve averiguando os cânones da teoria da reserva do possível, perpassando, por isso mesmo, pela sua origem histórica e compreendendo seus principais aspectos, a fim de se verificar a possibilidade de sua incidência para solucionar os conflitos entre custos e recursos na esfera dos direitos fundamentais no Brasil.

Portanto, através da releitura sistemática e qualitativa da teoria da reserva do possível, à luz de premissas socioeconômicas, são apresentados fundamentos para a sua aplicação no contexto dos direitos sociais, mais especificamente, no que concerne às demandas de saúde de alto custo, sem ferir o núcleo imanente deste direito fundamental.

2. Desdobramento da escassez de recursos na pandemia do COVID 19 – o custo dos direitos sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988

A chegada da Pandemia do COVID 19, além de apontar o resultado de uma crise de saúde sanitária, pode também demonstrar a ligação intensa entre direito e economia.

Certamente, os necessários lockdowns para se conter a disseminação do vírus e resguardar o sistema público de saúde pode ter como consequências: o desemprego, o fechamento de empresas e, inevitavelmente a queda da atividade arrecadatória, a qual reflete diretamente na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, pensando em um possível declínio de receitas, causado pelo lockdown para proteger o sistema público de saúde, reflete-se a despeito da dimensão econômica do direito levantada no século passado, e sim se garantir a efetividade dos direitos sociais e individuais.

Desse modo, a pandemia do COVID 19 põe um alerta aos Poderes Públicos, Ministério Público e Poder judiciário para apreciação da teoria da reserva do possível, de acordo com a realidade jurídica e social brasileira (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p. 22).

Pondera-se imprópria a aplicação originária da referida teoria para a realidade brasileira sem sua devida adequação ao contexto social, econômico e jurídico, na medida em que a Constituição Federal determina a realização dos Direitos Fundamentais Sociais como um mandamento fundamental prioritário (KRELL, 2002, p.53-54).

Assim, ainda que a Constituição Federal determine a realização ao máximo dos direitos sociais fundamentais ou de quaisquer direitos, o inescusável viés financeiro destes não permite que a teoria da reserva do possível seja desprezada em sua totalidade, mas atribui a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais e sua correta utilização com a aferição dos seus pressupostos, concretamente, pelos magistrados e demais atores sociais. Com efeito, é preciso reconhecer que não há como propagar a efetividade de direitos fundamentais, sem de algum modo, adentrar na análise econômica do direito. Para Isadora Carlos e Vivian Czelusniak trazendo o pensamento de Richard Posner, esta última permite “[...] uma investigação mais realista e factual do Direito pelos magistrados para resolver o caso concreto, em um exercício funcional mais científico a fim de atender à necessidade e não apenas professar uma decisão técnica.” (CARLOS; CZLUSNIAK, 2020, p. 11)

À luz disso, em um caso concreto, o Estado deve demonstrar que prioriza, dentro da sua realidade socioeconômica e balizado por limites impostos pelo legislador Constitucional, que se guia para o favorecimento de políticas públicas essenciais, em detrimento das não essenciais. Fere a Constitucionalidade da lei, por exemplo, o administrador que planeja efetuar gastos milionários para divulgar uma política pública, como foi o caso envolvendo o Governo Temer, que pretendia desprender milhões do orçamento público para propagar a necessidade da reforma previdenciária, enquanto a população encontrava-se desassistida das prestações e atendimentos básicos de saúde (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p. 72).

Nessa compreensão, ressaíndo-se da reconhecida falta de comprometimento dos administradores brasileiros, com a efetividade dos direitos sociais e da utilização da teoria da reserva do possível para se escusar do cumprimento do compromisso do constituinte de salvaguardar direitos sociais básicos à população brasileira, não há como se desvencilhar quanto a intercorrência da realidade para a efetivação dos direitos, tendo em vista a escassez natural de recursos, pois esta não permite que seja entregue ao cidadão de forma individual um emprego pelo Estado, ainda que determine que o Ente Público deva promover na maior medida do possível o direito social ao trabalho.

Em tempos de crise, tal como na Pandemia do COVID 19, com o crescimento da demanda de saúde, com o aumento do desemprego e com a necessidade de assegurar a alimentação das crianças que se encontram sem acesso à aula presencial, entre outras inúmeras demandas que se multiplicaram, torna-se mais evidente a realização prioritária dos compromissos fundamentais sociais pelos administradores e sua fiscalização pelo Poder Judiciário. Mas, seria fantasioso pensar, em havendo agravamento dos casos em que se fizesse necessário o suporte à UTI, que cada cidadão brasileiro, individualmente, tivesse garantido o acesso, uma vez que até mesmo para a formação dos hospitais de campanha é imprescindível, de algum modo, a disponibilidade de recursos pelo

Estado. Assim, em juízo, é possível cobrar do Estado a boa execução da política pública, através do seu devido planejamento e direcionamento orçamentário para a essencialidade dos direitos.

Com base nesta linha de pensamento, para evitar a violação dos direitos fundamentais, poderia afirmar-se que o judiciário possui o papel fundamental de avaliar a condução das políticas públicas relativas aos direitos fundamentais sociais executadas pelo competente Poder Executivo. Nessa linha argumentativa ou dentro dessa compreensão hermenêutica, diferentemente do que tem sido aduzido pela administração pública para se eximir do cumprimento de demandas fundamentais, deve ser encarada a discricionariedade administrativa. Neste sentido, sem distanciar de um aprofundamento do caso concreto, tendo em vista o aspecto econômico do direito, poderia ser refletido apenas um judiciário ativo, ou seja, fazendo as vezes do Poder Executivo diante da omissão do referido poder.

Por outro lado, adiantando um ponto crítico do problema, deve ficar claro, que não se revela apropriado afastar a teoria da reserva do possível, aprioristicamente ou sem reconhecer a importância da interpretação adequada dos seus fundamentos para garantir a própria efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, poderá ser observado um melhor esclarecimento em capítulo posterior, que os fundamentos da teoria da reserva do possível são consubstanciados na realidade fática e nas limitações jurídicas - verificadas casuisticamente e não de forma abstrata como normalmente fazem os administradores públicos em geral. Sendo assim, a tese não pode ser desprezada irracionalmente, por conta da fundamentalidade dos direitos que a circunda. Porém merece um reposicionamento da referida teoria de acordo com a realidade brasileira (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p.46).

Nessa senda, parte-se, como elemento essencial para a reconstrução da teoria da reserva do possível, para um aprofundamento da questão dos custos de direito, uma vez que é preciso encarar o fato de que não há direitos sem custos. Nem mesmo os direitos de defesa ou individuais - cuja forma de gozo pelo titular (cidadão) se consolida através do não-embaraço (do não agir) por parte do Estado (ALEXY, 2008, p. 198) - são desprovidos de algum dispêndio.

Outrossim, a assinalada linha de pensamento, que considera todo direito como custoso, embora aparentemente lógica, apenas recebeu destaque epistemológico, no fim do século passado - principalmente na doutrina estrangeira. Nesse sentido, como aponta Luís Fernando Sgarbossa, na obra *The Cost of Rights*, os autores Stephen Holmes e Cass Sunstein chamam atenção para o fato de que não seria possível pensar em direitos sem custos (SGARBOSSA, 2010, p. 242).

Stephen Holmes e Cass Sunstein questionam o paradigma doutrinário, que afirma não haver incidência do fator custo em relação aos direitos de defesa. Ainda, os autores asseveram que se referir a quaisquer direitos sem custos seria uma ficção. Neste sentido, os direitos individuais, tais como: o direito de propriedade e o direito de liberdade de expressão que possuem custos que devem ser, necessariamente mensurados, tão quanto os direitos sociais de moradia e saúde (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15).

Assim sendo, a construção de uma escola ou a expansão de recursos financeiros para a defesa de uma propriedade em esbulho resistido movimentando a máquina judiciária representam custos para Poder Público, embora pareça algo tão óbvio hoje a sua contabilização, antes da paradigmática obra, não os eram.

Na verdade, refletindo-se que os recursos arrecadados devem ser tomados como um todo, os autores estrangeiros, longe de pretenderem a redução de direitos, propuseram a consideração da

responsabilidade da administração pública face à alocação de recursos relacionados aos direitos de defesa, tendo em vista a situação de escassez de recursos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p.171).

Conquanto, relacionando a problemática trazida, observa-se que a tese de Stephen Holmes e Cass Sustein é proveitosa, pois conduziu, ineditamente, a doutrina para a percepção de que a realização de direitos - defesas e prestacionais -, quaisquer que sejam, em alguma medida, implicam ao Estado uma alocação de recursos. Nesse sentido, Fernando Sgarbossa:

Passando ao largo de outras contribuições teóricas importantes dos autores acerca do tema em estudo, reputa-se aqui que a principal contribuição Holmes e Sunstein para o tema dos direitos fundamentais sociais e para a questão da reserva do possível encontra-se em evidenciar que a questão da efetivação ou proteção dos direitos, sejam eles quais forem, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que todos os direitos custam dinheiro público- e, não raro, muito dinheiro. (SGARBOSSA, 2010, p. 255)

É possível sustentar, ainda de acordo com as observações de Fernando Sgarbossa que:

Conforme nos mostram Stephen Holmes e Cass Sunstein, há uma supervalorização do caráter econômico dos direitos de bem-estar e uma subestimação do caráter e uma subestimação do caráter econômico dos direitos alcunhados de “negativos”, de modo a demonstrar que sequer no estrito âmbito dos custos dos direitos se mantém a distinção. (SGARBOSSA, 2010, p.155)

Assim, através da passagem percebe-se que direitos fundamentais sociais e de defesa possuem um caráter financeiro que podem impactar a realização dos mesmos como um todo, embora a doutrina durante muito tempo tenha desconsiderado os custos dos direitos de defesa. De fato, há de se mensurar a indissociável concepção econômica em relação aos direitos fundamentais independente da salutar dicotomia apresentada.

Neste sentido, ao final de tudo o que importa para o Estado é buscar uma programação orçamentária adequada não somente à satisfação dos direitos à vida, à saúde, à cultura, como também, aos relativos à sua própria atividade arrecadatória, judicante entre outras. Com isso, observa-se que a conta é uma só, embora o grau de eficácia e de efetividade destes direitos, relacione-se às prioridades mínimas existenciais da população. Na Pandemia do COVID 19, em que, comprovadamente, há uma queda arrecadatória, entende-se, utilizando uma ponderação de interesses e em juízo de proporcionalidade, que se poderia, hipoteticamente, afirmar que o administrador tem o dever de empregar relevância às demandas que se relacionem à saúde pública e, desta forma, realizar uma dotação orçamentária suficiente para preservar a vida e a saúde das pessoas, em vez de concentrar o seu orçamento para majorar de salários defasados de servidores públicos.

A concepção de que devem ser aferidos os custos de todos os direitos para garantir a efetividade dos mesmos encontrou adeptos na doutrina nacional, através de autores como Flavio Galdino, Gustavo Amaral e Ingo Sarlet. Apesar disso, Ingo Sarlet sustenta que o “fator custo” dos direitos de defesa não tem sido levado em consideração na esfera jurisdicional, diferentemente dos direitos sociais (SARLET, 2018, p. 293). As despesas efetuadas pelo Estado para a defesa da propriedade ou relativas ao poder de polícia não são, em tese, mensuradas pelos autores sociais – Poder Público, juízes e Ministério Público. Em outras palavras, não se fala de limites da reserva do possível em face dos custos da máquina administrativa no que tange as despesas com recursos humanos e materiais (SARLET, 2018, p. 294).

Com isso, conferindo-se continuidade ao pensamento que afere distanciamento entre a análise econômica dos direitos e a reserva do possível, é esclarecido que há quem defenda ainda na

doutrina pátria, a exemplo de Christianny Maia Marina Memória, que os direitos prestacionais de segunda dimensão - por conta do seu aspecto positivo - são dotados de custos. Os direitos de defesa, por outro lado, dependeriam apenas de uma abstenção do Estado (MAIA; MEMÓRIA, 2009, p. 85).

Embora, haja ainda quem pense no sentido assinalado, autores como José Nabais, merecem ser revisitados. A efetivação de direitos fundamentais parte do pressuposto de que seja cobrada à responsabilidade boa gestão dos recursos materiais e pessoais, os quais fundamentam a teoria da reserva do possível, independente da ordem classificatória assinalada, mesmo sendo evidente que os direitos sociais sejam dotados de custos diretos e os direitos de defesa de custos indiretos (NABAIS, 2002, p. 21). Não há gradação entre direitos fundamentais, podendo a realização de determinado direito de defesa ser mais imperativa do que um determinado direito social. Em uma situação de guerra com um país estrangeiro, malgrado seja mais relevante fortalecer as fronteiras do que realizar um direito social.

Dessa forma, especialmente em tempos de vacas magras, em que se pode estar diante da necessidade de se fazer escolhas trágicas, é preciso perceber que efetivar direitos implica em mensurar custos. Já não dá mais para se conceber quaisquer tipos de direitos a custo zero, apesar de haver aqueles que signifiquem mais gastos ao Poder Público do que outros. O direito de propriedade, por exemplo, não possui uma variação tão intensa quanto o direito à uma prestação médica.

Por este caminho, é preciso compreender não apenas os custos dos direitos, mas a noção da variabilidade destes. A satisfação dos direitos sociais possui uma variabilidade de intensidade maior do que os direitos de defesa, tendo em vista a própria natureza apriorística prestacional destes direitos. Vejamos que as despesas envolvidas com o direito a tratamento médico se alteram, de acordo com as variadas enfermidades, que podem ser acometidas ao cidadão. Tudo depende das condições as quais o titular do direito fundamental será submetido no tratamento. Uma doença rara, por exemplo, pode ter seu custo modificado, de acordo com a alternativa terapêutica conferida. O custo do tratamento no exterior, por sua vez, tende a ser mais elevado do que um tratamento feito no Brasil (SILVA; SALES; PESSOA, 2017, p. 289).

É importante ater-se frente à variabilidade da intensidade da realização do direito social na perspectiva da execução orçamentária concreta, sobretudo, pensando na realização das demandas fundamentais de saúde de alto custo, uma vez que fere a justiça distributiva e equidade das decisões conferir apenas a um cidadão, já que custa milhões aos cofres públicos e deixar centenas sem tratamento essencial. Mas, parece que o Brasil não se encontra nesse patamar de preocupação ainda, pois os Poderes Públicos na malversação do orçamento público desatendem demandas básicas sociais, em detrimento de prestação não essenciais, como foi visto.

Interessante notar, que a Constituição Federal de 1988 traz um tratamento inovador aos direitos sociais, positivando-os no título II não somente como um direito, mas como uma garantia social. Deste modo, realiza-se uma distinção entre direitos sociais e econômicos (SILVA; SALES; PESSOA, 2017, p. 275). Nestes passos, o advento da Constituição Federal de 1988 priorizou direitos individuais e sociais. O legislador constituinte, assim o fez por meio da consagração de direitos e garantias fundamentais, a fim de garantir aos mesmos, efetividade ou eficácia jurídica.

Porém, essa condição jurídica adotada pelo legislador, com o propósito assinalado, não implica em dimensioná-los fora dos limites da escassez real e ficta, a ser aferida concretamente. Deste modo, as demandas sociais fundamentais indicativas de mínimo existencial serão executadas, prioritariamente, de acordo com o contexto socioeconômico e político realmente aplicados. Nesta orientação, a depender das mudanças das condições econômicas e sociais do Estado, poderá haver

o replanejamento de um dado orçamento, com o propósito de oferecer uma maior cobertura às demandas sociais mínimas da população.

Deste modo, como será visto adiante, a importância dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, exige cuidados dos intérpretes do Direito na avaliação das políticas públicas aplicadas pelo Poder Executivo. Sendo assim, os referidos hermeneutas deverão, antes mesmo de refutar a teoria da reserva do possível, somente pautados na fundamentabilidade e subjetivação dos direitos ali constituídos, avaliar a pertinência das mesmas, fundamentando-se no contexto casuístico.

3. Os fundamentos da reserva do possível em uma análise concreta

Embora a Constituição Brasileira de 1988 seja a primeira a conceder uma relação de destaque em relação aos direitos sociais, isso não significa que os mesmos possam ser satisfeitos de qualquer maneira, ou seja, sem levar em conta as possibilidades fáticas e jurídicas do Estado para a efetivação dos referidos direitos, principalmente, se averiguarmos concretamente (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 131).

Oportunamente, antes de um aprofundamento na teoria da reserva do possível, merece a distinção dos termos escassez fática ou econômica e ficta ou jurídica. Neste sentido, a escassez fática decorre da insuficiência de recurso concreto, tendo em vista uma realidade econômica, na qual o Estado está inserido. Por exemplo, a impossibilidade material de conferir o direito subjetivo de emprego a todo cidadão ou conferir a cada brasileiro o direito subjetivo de moradia.

De outro turno, a escassez jurídica é relacionada a impossibilidade de superação normativa, justificada “[...] na alocação de recursos em detrimento de outras ou ainda que proíba a disposição de recurso de determinada maneira ou acima de certos limites” (SGARBOSSA, 2010, p. 219).

Para ilustrar a última situação, menciona-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual estão sujeitos os gastos do Poder Público aos limites nela consignados. Outro exemplo, são as alocações de recursos determinados pela Lei Orçamentaria (SGARBOSSA, 2010, p.219).

Neste viés, na compreensão de uma corrente doutrinária, a posição de destaque dos direitos sociais não implica a não observação da competência orçamentária, administrativa e jurídica dos mesmos, representados pela reserva do possível. Deve-se atentar para o fato de que só é obrigatório ao Estado o atendimento das demandas sociais dentro da sua capacidade jurídica e financeira (AMARAL, 2001, p.231).

Em que pese o posicionamento de Amaral e o seu pioneirismo em discorrer sobre a reserva do possível no Brasil, é preciso deixar claro, como se vê apontado desde o capítulo anterior, que esta teoria deve ser compreendida em um panorama de aplicação real e na relevância da efetividade dos direitos fundamentais para a Constituição de 1988. Deste modo, o planejamento orçamentário do Estado deve incluir, antes de tudo, como prioridade os direitos fundamentais associados à conjuntura econômica e social real vivenciada pelos Entes Políticos.

Partindo desse raciocínio, passa-se a compreender as fronteiras da reserva do possível, a partir do contexto de uma administração privada ou particular.

Um condomínio, por exemplo - entidade jurídica regida pelo Código Civil, pela convenção condominial e pelo regimento interno-, depende dos recursos financeiros dos seus condôminos

para a satisfação das despesas ordinárias, bem como as extraordinárias que extrapolem a necessidade básica de manutenção do mesmo.

Nessa esteira, é com a taxa ordinária que o pagamento dessas despesas comuns ou cotidianas é feito. Por este viés, cabe ao síndico administrar as despesas do condomínio considerando a arrecadação e os limites da reserva do possível. Se a arrecadação é suficiente para o pagamento de apenas um funcionário, não será possível contratar mais de um, a não ser que se aumente a taxa condominial. Vê-se diante de uma escassez real, pois não há recurso disponível.

Uma outra situação é se a hipótese levantada fosse enquadrada como uma benfeitoria necessária, haja vista, a indispensabilidade do funcionário por causa da criação de uma guarita de segurança, por exemplo. Neste caso, o síndico poderá efetuar despesas para evitar o perecimento do bem comum sem autorização dos condôminos, consoante o artigo 1341, § 1º do Código Civil de 2002.

Conquanto, uma questão mais controvertida seria o administrador se deparar diante de um fato insuperável financeiramente, na hipótese de precisar efetuar reparos necessários na fachada do prédio, sem que haja fundos de reservas ou nem mesmo o síndico ou quaisquer outros condôminos possam suportar o ônus financeiro, as expensas do condomínio como determina o citado artigo 1341, § 1º do Código Civil 2002.

Em outro giro, é possível constatar a escassez ficta ou jurídica na contratação de despesas voluptuárias por um condomínio. Despesas voluptuárias são aquelas que se referem a mero deleite ou recreio. Nota-se que o artigo 1241, I do Código Civil fixa uma limitação normativa. Desta forma, o síndico não poderá contratar despesas de mero deleite sem a anuência da assembleia geral, ainda que haja fluxo de caixa suficiente. Assim, a lei, diga-se, o Código Civil de 2002 definiu uma norma de competência jurídica insuperável para as referidas despesas.

Tomando o exemplo acima, nas devidas proporções, equiparou-se, para fins de visualizar os intemperes da escassez jurídica e real, o Estado ao condomínio e os condôminos aos contribuintes/cidadãos. Mas, observe o leitor que para demonstrar que ainda subsiste o argumento da reserva do possível situado em um panorama concreto, foram dimensionados casos concretos da administração particular.

De qualquer sorte, como se vê, o conceito de escassez possui emblemas práticos jurídicos fortes não apenas na seara do coletivo, mas também do interesse privado, os quais precisam ser levados a sério, sob pena, de recair-se em irrealizações dos próprios direitos fundamentais essenciais (DWORKIN, 2020).

Por este caminho asseverado, para garantir efetividade dos direitos sociais, é fundamental observar a escassez econômica, traduzida pela disponibilidade financeira e a escassez jurídica, que incide na satisfação do fato à norma.

Para Gustavo Amaral, o Poder Judiciário para averiguar o cumprimento de uma obrigação fundamental social, terminaria por conduzir-se na análise orçamentária, a qual segundo o referido autor não seria admissível, tendo em vista a discricionariedade da decisão orçamentária (AMARAL, 2001, p. 231).

Contudo, revela-se falacioso o argumento apontado por Amaral, uma vez que se valendo de uma adequada instrução, a avaliação das Políticas Públicas encontra-se na competência do magistrado, como fiscal da lei, sem que se possa falar em violação de separação dos poderes.

Desse modo, diferente do pensamento de Gustavo Amaral, não há como aduzir violação do princípio da discricionariedade, se o Estado não garante a efetividade aos direitos fundamentais mínimos. É evidente, que talvez poder-se-ia apresentar uma eventual violação do princípio da separação dos poderes, se a escolha do executivo versasse para a satisfação de direitos sociais de mesmo peso e valor, como por exemplo, se fosse constatada a necessidade da construção de um hospital ou maternidade, o administrador optasse por qualquer um destes.

No caminho deste entendimento segue Daniel Wang. Para o referido autor, o Poder Judiciário não pode, sem qualquer critério, invadir a seara de competência atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo, tendo em vista a responsabilidade deste pelo gerenciamento dos recursos na medida da conveniência e oportunidade (WANG, 2009, p.12). Assim, reitera-se que não poderá, como bem assentado por Wang, o Poder Judiciário se imiscuir nos limites de competência do Poder Executivo sem quaisquer critérios.

Assim, não se advoga a tese do descontrole do judiciário em face do ato administrativo, a qualquer custo. Pelo contrário, reconhece-se a legitimidade do Poder Judiciário, com o auxílio da proporcionalidade, para o controle do ato discricionário eivado de vício de legalidade. Conquanto, reverbera-se que não é plausível a substituição do juiz pelo administrador, na medida em que seja possível uma escolha política. Assim, cabe ao judiciário verificar se o administrador promove, adequadamente, as políticas públicas.

Esse ponto foi destaque por grandes doutrinadores na disseminação da teoria no Brasil. Carolina Olsen, Ingo Scarlet sustentam, categoricamente, que a teoria da reserva do possível não pode ser aduzida, abstratamente, como uma forma de impedir a realização dos direitos fundamentais pelo Estado (SARLET, 2018, p. 297; OLSEN, 2008, p. 213).

Ingo Sarlet defende a sua discussão concreta, além da readaptação da mesma à realidade e ao sistema jurídico brasileiro, o qual garante a efetividade máxima aos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 294, 309). Deste modo, não é possível desfazer-se totalmente da reserva do possível, mas é preciso observar em que nível os seus pressupostos incidem em um caso particular, sobretudo, em razão das diferenças regionais, locais e de repartição de receitas em relação aos Estados e Municípios, a fim de que os direitos fundamentais não caiam na inefetividade. Assim, é possível que o magistrado, nos casos que lhe sejam submetidos à juízo, averigue, a partir do plano orçamentário implementado e nos gastos efetivos apresentados pelos Entes Políticos em eventual defesa, se a administração empreende forças concretas executando, prioritariamente, políticas públicas voltadas à efetivação dos fundamentais direitos sociais, sem dissociar da realidade socioeconômica e jurídica do Ente (SARLET, 2018, p. 306). Vale ressaltar, que cabe ao Ente o ônus da prova de demonstrar o seu nível de comprometimento para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Com isso, pode-se sustentar que apesar de o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ter sido alocado no ordenamento jurídico com uma normatividade aberta para assegurar uma adaptabilidade a situações diversas envolvendo os direitos e garantias fundamentais, não é possível dissociá-los aos limites arrecadatórios e orçamentários reais do Estado, ainda que se trate de mínimo existencial. O mínimo existencial são direitos fundamentais básicos para uma vida digna como direito à moradia, à alimentação e à saúde. Por óbvio, se o Estado tivesse o controle de todas os pressupostos sociais e econômicos que compõem o mínimo existencial, certamente, poderia ser exigido por cada um. Mas, não é o que ocorre, e por isso compete ao Estado demonstrar a execução de um planejamento orçamentário e uso dos recursos para satisfação primária aos direitos fundamentais, a fim de seja possível a concessão na maior medida o mínimo existencial.

Apesar dos enfrentamentos trazidos, há quem siga na direção de Lobos Torres e alegue que para a aplicação do direito fundamental garantidor mínimo existencial, é dispensável intermediação legislativa, além do mesmo ser exigível subjetivamente (PIMENTA, 2012, p.11). Neste sentido, o Estado não poderia se valer do argumento da reserva do possível. O entendimento assinalado pode ser visto em decisões recentes, tais como: AI 000704-76.2019.8.08.0004, de relatoria de Dair José Brangance de Oliveral (Tribunal de Justiça Espírito Santo, 2020). Com certeza, o pensamento de Lobos Torres é o ideal. Seria o mais adequado, se o Estado tivesse controle de todas as situações socioeconômicas e pudesse garantir o mínimo existencial a todos os cidadãos, que o exigissem. Na verdade, não depende apenas o Estado querer, ele precisa poder. Mas, obviamente, que ele precisa fazer o melhor para garantir o mínimo existencial. Apesar dos emblemas oferecidos pela escassez real e jurídica apurada concretamente, segundo Daniel Wang, no que concerne ao mínimo existencial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de garantir o direito fundamental a vida, sobrepujando as questões financeiras do Estado (WANG, 2008, p. 549).

Releva notar que para eventuais impasses orçamentários, os quais podem ocorrer em municípios pequenos, com arrecadação ínfima frente à uma alta demanda de direitos fundamentais minimamente existenciais, há quem defenda que o argumento da reserva do possível pode ser superado, a partir da abertura de créditos complementares pelos poderes responsáveis (TORRES, 2008, p. 80-83). Conquanto, o impasse revelado, embora pareça simples de se resolver, assim não o é. Segundo Gustavo Amaral, em se tratando de abertura dos adicionais orçamentários, há uma necessidade da existência de recursos disponíveis (AMARAL, 2001, p.184-185), mesmo a posição de Amaral, compreendendo que o Estado poderá buscar de outras fontes os recursos necessários para superar à indisponibilidade dos mesmos, proveniente de multas e outros. Deste modo, pertence ao Estado, também, o ônus de comprovar a insuficiência de recursos relativos às citadas fontes para se eximir de garantir efetividade dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

Por isso, poderia sustentar que o afastamento da teoria da reserva do possível, respaldado na prevalência da tese da subjetividade dos direitos fundamentais sociais, assecuratórios de mínimo existencial, sem avaliar os fundamentos da própria teoria de forma casuística, colocando em risco a efetividade dos direitos fundamentais.

Compreendendo as linhas mestras subsistentes do argumento jurídico da reserva do possível indicadas pela escassez fática e jurídica apuradas no contexto social, cultural, econômico e casuístico, passa-se para a análise da história, a fim de entender o porquê a referida tese possui uma aplicação inadequada no Brasil.

Por um lado, é mencionado um aparente paradoxo que pode tornar o administrador um pouco mais comedido em realizar as demandas fundamentais. Assim, o mesmo vê-se tolhido em realizar desmedidamente as referidas demandas, tendo em vista as imposições Constitucionais e legais de ordem orçamentária, pessoal e tributária. Com isso, o Poder Público deve executar o orçamento dentro dos limites constantes na Lei da Responsabilidade Fiscal, estando assim, impedido de redirecionar o orçamento da educação para a saúde, por exemplo. Neste caso, é permitido ao magistrado realizar o redirecionamento de tal despesa, sob o argumento da exigibilidade subjetiva dos direitos sociais relativa ao mínimo existencial. Isso é bem complexo, embora haja quem pense que as limitações aventadas acima não se refiram aos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, a iniciativa de reconfigurar o orçamento irracionalmente alocando-se despesas não previstas e sem a respectiva receita não parece o melhor caminho para garantir a efetividade dos direitos sociais. Apesar disso, não se vê impedimento por parte do Estado para que haja o replanejamento orçamentário e em consonância com as necessidades sociais, políticas, culturais e econômicas do Brasil, com propósitos de garantir efetividade às demandas existenciais mínimas. Na pandemia do COVID 19, poder-se-ia observar o redirecionamento dos

recursos públicos, a partir do manejo de grande parte das verbas orçamentárias para as áreas da pandemia ou para outras áreas afetadas por ela.

Em se tratando do aspecto histórico, pontua Luis Fernando Barbosa Sgarbossa, que a reserva do possível ganhou evidência no Brasil, após o surgimento de dois precedentes alemães: *numerus clausulus I* e *numerus clausulus II*. Contudo, a importação da teoria alemã, cuja nação encontrava-se em ritmo de crescimento econômico, sem observância das peculiaridades da realidade do país, proporcionou uma aplicação inadequada da mesma (SGARBOSSA, 2010, p.148-155). Isto deve-se porque além de a população brasileira ser carente de satisfação de direitos fundamentais sociais, diferentemente da nação Alemã, que apenas deu ênfase na sua Lei fundamental aos direitos de defesa, a Constituição Brasileira indicou pela fundamentalidade dos direitos sociais (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p. 19, p. 50).

Explica Fernando Sgarbossa, que foi suscitado ao Tribunal Alemão que se manifestasse sobre possível violação ao direito fundamental de liberdade de escolha de profissão, considerando a adoção do sistema *numerus clausulus* e outros critérios de admissão. Neste julgado, restou assentado, que caso o Estado assegurasse a igualdade de oportunidade de acesso, não haveria violação do mencionado direito, visto que, é factível o seu descontrole sobre as condições fáticas, sociais, econômicas e jurídicas. Assim sendo, era impossível garantir a todos o acesso ao curso de medicina (SGARBOSSA, 2010, p. 133-142).

Segundo Fernando Sgarbossa, ficou estabelecido na Alemanha que a reserva do possível é o direito subjetivo dos cidadãos exigirem que o Estado se mobilize para garantir os direitos fundamentais aos mesmos, afastando as pretensões exorbitantes. Assim, o cidadão que pode custear o seu tratamento de saúde não deveria exigir do Estado. Esse foi o entendimento consagrado no número *clausulus I*, em 1977 e mais tarde reafirmando no número *clausulus II* (SGARBOSSA, 2010, p. 144).

De acordo com Carolina Olsen, na criação do precedente pelo Tribunal Alemão, consideraram-se as forças expendidas pelo Estado alemão para a promoção daquele direito. Neste sentido, segundo a referida autora, foi verificado se o “Estado alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance, a fim de tornar o ensino superior acessível” (OLSEN, 2006, p. 232). Afinal de contas, não é papel do Estado liberal, por não ter controle das forças econômicas e sociais, dar um emprego ou mesmo moradia para cada um, mas demonstrar que promove direitos fundamentais que permitam às pessoas acessarem aos empregos (SARLET, 2018 p. 305-309; ALEXY, 2008, p.509).

Como já afirmado anteriormente, sem sombra de dúvidas, seria ideal que todos os brasileiros pudessem ter acesso à uma moradia digna ou a um emprego garantido, porém sabe-se que isto é ficto. Há de se reconhecer que a realidade fática e jurídica são elementos decisivos para a promoção da efetividade e da eficácia dos direitos fundamentais. O juiz, neste sentido, é identificado como um dos avaliadores das políticas públicas. Qualquer decisão tomada pelo mesmo, para que não implique em inefetividade de direitos fundamentais, deve ser dentro do contexto alertado.

Salienta-se ainda, conforme ficou estabelecido no julgamento do recurso extraordinário de repercussão geral n. 855178 no Supremo Tribunal Federal, que existe uma responsabilidade solidária entre os Entes Federativos no que tange ao fornecimento de tratamentos de saúde. Neste sentido, o juiz poderá determinar o cumprimento de uma determinada prestação de saúde por quaisquer dos Entes - União, Estado ou Município. Porém, restou também assentado neste *leading case* que o magistrado deverá promover o ressarcimento ao que suportou dentro das regras de competência.

Assim, torna-se evidente que a regra da repartição de competências entre os Entes Federativos existe para auxiliá-los na gestão do recurso, mas a obrigação de saúde é de todos eles. Nesse julgado, está claro que o Supremo Tribunal Federal não acata a escassez jurídica quando se trata de prestação de saúde.

Em uma análise sobre a aplicação da reserva do possível no Brasil e com base na leitura da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento de relatoria do Ministro Herman Benjamin Resp: 0003472-61.2015.8.07.0018 DF 2016/0157018-0 constata-se que, atualmente, mantém-se o entendimento firmado na jurisprudência deste Tribunal, que é possível a interferência do judiciário para assegurar direitos fundamentais como educação e saúde de forma subjetiva e absoluta. Assim, o Tribunal Superior de Justiça é contrário à alegação da tese da reserva do possível, sob o manto do argumento da violação do princípio da separação dos poderes e o princípio da discricionariedade. No julgado, reafirma-se a competência dos juízes para analisar a eficiência do administrador na condução das políticas públicas e garantir o direito à educação infantil aos cidadãos (STJ, 2019).

Embora, entenda-se acertada a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça assegurando a possibilidade da ingerência do judiciário para avaliar a efetividade da Políticas Públicas concernentes aos direitos fundamentais, circunscreve-se temerária a ampla interpretação e subjetiva dos referidos direitos para além de uma análise concreta da reserva do possível. Isto porque a receita destinada ao cumprimento da ação judicial poderia estar comprometida com outra, também essencial. Por conta disso, a adequada interpretação do grau de efetividade dos direitos sociais impõe ao magistrado a cautela na avaliação das políticas públicas, mais especificamente, em relação ao plano orçamentário executado pelo Poder Público, a fim de assegurar que suas decisões proferidas no plano individual não inviabilizem um plano de ação coletivo, também essencial. Na pauta disso, ressalta-se que no informativo do STJ n. 543, a Corte Superior é inequívoca ao afirmar que as demandas fundamentais possuem prioridades sobre as demais. Somente depois de atingido o mínimo existencial, o Estado poderia pensar em outros projetos. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça afasta, sumariamente, a tese da reserva do possível. (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p. 79).

No Supremo Tribunal Federal, como aventado acima, a teoria tem sido afastada com fundamento no dever do Estado em garantir o mínimo existencial. Assim, segundo Jadson Oliveira e Jordânia Sousa, as cortes maiores têm consagrado o entendimento de que as limitações financeiras não encontram guarida no dever de o Estado garantir o mínimo para que o cidadão tenha uma vida digna (OLIVEIRA; SOUSA, 2020 p. 83). Pode-se vislumbrar o referido entendimento no informativo n. 797 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, o administrador não poderá se eximir de prover prestações fundamentais por alegação de insuficiência financeira. De outro turno, esclarecem os referidos autores, que a tese da reserva do possível somente poderia ser acatada, caso o Ente provasse a aplicação adequada dos seus recursos para as matérias fundamentais (OLIVEIRA; SOUSA, 2020, p.83).

4. O direito à saúde e a reserva do possível nas prestações de alto custo

O direito à saúde é elencado como um direito social no artigo 6º da Constituição Federal. Já o artigo 196 da Carta Magna consagra a saúde como um direito de todos, na medida que impõe ao Estado o dever de garantir a promoção de políticas sociais e econômicas que comunguem para a efetivação da saúde. Por outro lado, o direito à saúde pode ser visto muito além desta concepção relacionada à integridade física, relacionando-se com diversos outros direitos, como o direito à vida. (SARLET, 2018, p. 300).

Em relação à reserva do possível, em face das prestações de saúde, como já foi visto no tópico anterior, destaca-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito à vida prevalece sobre as questões financeiras do Estado (WANG, 2008, p. 549).

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem se posicionados para assegurar que o direito subjetivo da saúde seja exigível em juízo acima de tudo e todos; acompanhando a linha de pensamento de Gustavo Amaral é impróprio conceber o direito à saúde em caráter absoluto, uma vez que o Estado se movimenta através dos recursos que são arrecadados. Deste modo, a realização dos direitos é feita na medida da disponibilidade de recursos. Se a economia caminha a passos largos não há dúvidas de que é possível uma maior efetivação dos direitos sociais (AMARAL, 2001, p. 231).

Considerando o pensamento de Gustavo Amaral, Omir Globekner esclarece:

As decisões alocativas são eminentemente políticas, comportando vários momentos e mecanismos de escolhas; não haveria um critério único que permitisse apreciar cada caso concreto. Ante a dimensão dos conflitos e seus reflexos, não caberia ao Judiciário fazer o controle fato-norma, mas sim controlar as escolhas feitas pelos demais poderes. (GLOBEKNER, 2017, p. 239)

Por outro lado, como já foi sinalizado no capítulo anterior, não se deve levar a sério os argumentos de ausência de recursos em abstrato e incompetência dos órgãos judiciários para destinação dos recursos públicos, notadamente, em se tratando de preservação da vida humana (SARLET, 2018, p. 338-342; GLOBEKNER, 2017, p. 139).

Ainda que conferida a relevância para as prestações que se referem ao mínimo existencial, tais como, as prestações de saúde de alto custo, não é seguro garantir a efetivação de direitos prestacionais, dissociando-os das fontes de custeio. Direitos sociais fundamentais à margem consciente da real necessidade de satisfação financeira, orçamentária, administrativa e jurídica são surreais, embora não seja pertinente uma análise abstrata da reserva do possível. Porém, só podemos cobrar do Estado o que ele pode dispor, pois não é possível descobrir um santo para cobrir outro.

Em momento algum, pretende-se justificar a insatisfação das demandas da saúde na ausência de elementos reais orçamentários ou fáticos. Porém, em verdade, entende-se que a efetivação dos direitos à saúde ou a qualquer outro direito social, não pode ser dissociada de uma conjuntura socioeconômica.

No assinalado contexto pandêmico, no qual a arrecadação pode não ser a mesma do que em tempos normais, é possível que o Estado não tenha condições de satisfazer as demandas sociais na mesma intensidade, não obstante este deva priorizar em um planejamento orçamentário os direitos sociais relacionados ao mínimo existencial, como é o caso das demandas concernentes à saúde. Assim a emissão do juízo de valor para afastamento da teoria da reserva do possível, conforme anteriormente ressaltado, deve estar pautada na análise casuística pelo magistrado no que se refere aos argumentos econômicos, jurídicos e orçamentários trazidos pela Fazenda Pública e utilizando-se a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, se estiver diante de demandas fundamentais com pesos equivalentes.

Além de se refletir um utilitarismo de regras, é evidente que para as demandas sociais referentes à saúde, não é possível esquivar-se da realidade de que os recursos são escassos. Ciente disso, poder-se-ia aplicar o pensamento de Gustavo Amaral, promovendo um necessário equacionamento de interesses individuais e coletivos.

No que se refere ao fornecimento de medicamento, destaca-se a sugestão de Barroso para a criação de uma lista normativa pelo Estado, indicando os medicamentos a serem fornecidos pelo mesmo. Sendo assim, o Estado só forneceria os medicamentos constantes na referida lista. Com isso, o referido autor defende a vedação das impugnações ou demandas coletivas, tendo em vista eventual regulamentação normativa (BARROSO, 2008, p.31). Em que pese o posicionamento do Ministro, entende-se que a essencialidade do direito à saúde e a inafastabilidade do judiciário não permitiriam uma interpretação tão restritiva.

Em relação à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, não se deve chegar ao extremo, como Gustavo Amaral, para o qual a variabilidade de que se comportam as escolhas do executivo carecem de um critério único, tornando impossível a intromissão do judiciário no controle dos seus atos (AMARAL, 2001, p. 228).

Porém, deve-se imbuir na razoabilidade das reflexões de Flávio Galdino, o qual aplica a teoria da reserva em consonância com o direito, com a ética e com a economia. É cediço que o legislador optou por garantir o direito à saúde de maneira ampla. Tendo esta premissa, restaria cuidar para que a concepção econômica desse direito fuja da abstração financeira. Assim, com o apoio da ética, se assegura uma interpretação adequada aos institutos de acordo com os valores conclamados pelos constituintes, que consistem em garantir a máxima efetividade dos direitos sociais essenciais (GALDINO, 2005, p. 251-252).

Assim, é necessário estar vigilante para o fato de que com mais valia em tempo de escassez de recursos públicos, na seara dos direitos da saúde - envolvendo situações de escassez de recursos -, o mais importante para se garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais é a verificação do gerenciamento adequado do recurso pelo Poder Executivo.

Justamente por situações como essas é que o Constituinte elaborou as normas prestacionais sociais em linha programática. Assim, o artigo 196 da Constituição Federal, em vez de garantir a cada um o direito à saúde, atribuiu ao Estado o dever de promover as ações que visem a redução das doenças, e não necessariamente conceder tratamento a cada um individualmente. Por outro lado, se as condições financeiras do Estado são ampliadas, maiores serão a efetividade e a eficácia dos direitos sociais.

Outrossim, para as denominadas decisões trágicas, utilizando-se o critério da equidade, poder-se-ia pensar em solucionar as decisões alocativas de recursos optando-se por um recurso tecnológico que alcançasse mais usuários ou escolher uma política pública mais eficiente (GLOBEKNER, 2017, p. 141).

Com isso, nota-se que são necessários os devidos cuidados em relação às decisões alocativas relacionadas aos direitos sociais, principalmente, as relacionadas à saúde e com mais propriedade as relativas ao fornecimento de prestações de alto custo de saúde. Nos casos concretos, os magistrados devem estar absortos de que suas decisões não podem assistir ao direito à saúde de um indivíduo, permitindo que diversos outros fiquem descobertos, como é o caso hipotético de se garantir o acesso ao tratamento de uma doença rara, que custa 5 milhões a um determinado paciente em detrimento do tratamento quimioterápico de outros 2 mil pacientes acometidos de um câncer. Em outra perspectiva, revela-se inadequada a sustentação da teoria da reserva do possível pelo Estado, na medida em que este assegura a percepção de prestações não fundamentais, como as mordomias para o Palácio do Planalto, enquanto a população desfalece de COVID 19 por causa da ausência de leito de UTI.

Outra situação, a qual entendem-se afrontosas a efetividade e a eficácia do direito fundamental de saúde, são as decisões - justificadas na garantia do direito à vida do cidadão - que

concedem tratamentos de alta monta, fora do país, experimental e sem autorização dos órgãos reguladores como a ANVISA para um paciente, em prejuízo a outras centenas de vidas. Neste viés, no entendimento de Daniel Wang e Octávio Ferraz, as assinaladas decisões desprestigiam a justiça distributiva, uma vez que confirmam a existência de duas portas para acessar o Sistema Único de Saúde: uma aos que pleiteiam via judiciário e a outra ao restante da população (WANG; FERRAZ, 2014, p.1).

Detalhando mais o problema, são capazes de provocar a inefetividade dos direitos sociais, as deliberações que não levam em conta a vida financeira do Ente Público como um todo, ou melhor, não avaliam a qualidade da Política Publica aplicada pelo mesmo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, poder-se-ia afirmar que a eficácia dos direitos sociais de saúde pode ser garantida através do bom uso da teoria da reserva do possível. A maximização destes direitos é normativa, eis que os programas perquiridos como direitos fundamentais pelo Constituinte não podem ser apenas uma ideologia, mas devem ser cumpridos com a máxima efetividade (SARLET, 2018, 338-342).

Nas reflexões de Omir Globekner, para o qual os custos dos direitos, sobretudo, em se tratando dos fundamentais devem ser vistos em uma dimensão não meramente econômica, mas sim em uma racionalidade ética:

É importante observar, como já feito, que a necessidade da consideração de custos, ou seja, de uma racionalidade econômica, na avaliação de direitos, especialmente os fundamentais, não devem excluir outras racionalidades, mormente a ética, da qual mesmo a ciência econômica pura não poderia prescindir. A racionalidade dos custos é necessária por tudo que se expôs, porém é apenas uma das racionalidades a ser considerada, não a única, pois isto conduziria a um extremo oposto, tampouco desejável. (GLOBEKNER, 2017, p.141)

5. Conclusões

Como visto, garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, sobretudo, no que diz respeito as prestações de alto custo, num cenário de pandemia, com possíveis efeitos negativos à atividade arrecadatória do Estado, não é uma tarefa fácil, uma vez que os recursos são escassos e as necessidades humanas são incontáveis. Por conta disso, notou-se relevante a releitura da teoria da reserva do possível adaptada à realidade normativa jurídica brasileira e de aferição casuística.

Em outro giro, com o estudo, vê-se que doutrinadores como Flávio Galdino, Ingo Sarlet e os Tribunais Superiores reconhecem a necessidade de observar-se as questões orçamentárias e fáticas do Estado, porém provadas no plano concreto. Isso, por si só, limita o espectro de aplicação da teoria da reserva do possível e esse é o ponto nodal da presente investigação, posto que, se antes da pandemia a referida teoria era costumeiramente invocada para pseudo justificar limitações aos direitos fundamentais, num contexto de pandemia, a aplicação da supracitada teoria poderia ocorrer de maneira ilimitada e irrestrita, retirando a fundamentalidade do direito à saúde, por exemplo.

Nesse caminho, constatou-se a efetividade do direito fundamental à saúde através da concessão de prestações positivas de alto custo, que podem alcançar importâncias milionárias e que, por isso mesmo, exigem do magistrado a análise da pertinência dos pressupostos para a aplicação da teoria da reserva do possível, conquanto aferidos, concretamente.

Assim, o Estado deverá comprovar que tem aplicado seus recursos e orçamentos direcionados, prioritariamente, para as demandas fundamentais. Ao lado disso, observou-se que a teoria da reserva do possível é refutada de plano no Brasil, na medida em que a população está desassistida de prestações essenciais, enquanto o administrador malversa recursos para demandas não fundamentais, tais como, os supérfluos gastos pelos gabinetes de alto escalão.

Apesar dessa constatação, que prejudica o reconhecimento da referida teoria na boa medida, defende-se que não cabe a alegação de reserva do possível em abstrato, tendo em vista que os juízes deverão avaliar as demandas de alto custo, o contexto social, cultural, econômico e orçamentário apresentados pelas Fazendas Públicas, para que os direitos fundamentais não caiam na ineficácia. Decisões dissociadas de uma programação orçamentária poderão deixar outros direitos fundamentais também acobertados.

Tendo em vista as peculiaridades das demandas de saúde, o Estado não pode se desviar do cumprimento de prestações da mesma, ainda que sejam de alto custo, alegando escassez orçamentária ficta, mesmo num cenário de COVID-19. Porém, com toda ética, poderá satisfazer tais necessidades nos limites reais da reserva do possível.

6. Referências

ALEXY, Robert. A teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça ES. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ- ES – Agravo de Instrumento: AI 0001704-76.2019.8.08.0004. 2020. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815427079/agravo-de-instrumento-ai-17047620198080004>. Acesso em: 12 jan. 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repercussão geral no extraordinário: RG RE 0005840-11.2009.4.05.8500 PE – Pernambuco 0005840-11.2009.4.05.8500 – Inteiro teor. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848>. Acesso em: 12 jan. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial: Resp 0003472-61.2015.8.07.0018 DF 2016/0157018-0. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859932297/recurso-especial-resp-1608044-df-2016-0157018-0>. Acesso em: 12. jan. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178/SE. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CARLOS, Isadora Beatriz Teixeira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Análise Econômica do Direito em Face da Jurisdição Constitucional no Brasil: Exame Baseado nas Concepções

- De Posner e Dworkin. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília- UCB, v. 11, n. 3, p. 03-15, Set-Dez, 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020
- GALDINO, Flavio. *Introdução dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em de árvores*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2005.
- GLOBEKNER, Omir Antonio. Racionalidade econômica, escolhas trágicas e custos dos direitos no acesso à saúde. *Diké - Revista Jurídica do curso de Direito da UESC*, v. 2017, p. 120-149, 2017.
- HOLMES, STEPHEN; SUSTEIN, CASS. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KREEL, Andreas Joaquim. *Direitos sociais e controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os descaminhos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril, 2002.
- MAIA, Christianny; MEMÓRIA, Marina. O direito à saúde dos portadores de doença rara e a necessidade de políticas públicas para efetivação deste direito. *Revista Opinião Jurídica*, v. 7, n. 11, p.83-111, 2009.
- NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista da AGU, v.1, n.1, p.1-13, 2002.
- OLIVEIRA, Jadson Correia, SOUSA, Jordânia Oliveira. *Direito à Saúde no Brasil e a inaplicabilidade da reserva do possível*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.
- OLSEN, Ana Carolina. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIMENTA, Paulo. *As normas fundamentais programáticas e a reserva do possível*. Revista de informação Legislativa; Brasília, a. 49, n. 193, p.7-29, 2012.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, v. 8, n. 15, p.128-146, 2006.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.
- SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. v.1.
- SILVA, Lucas Matos da; SALES Tainah Simões; PESSOA Gabriela Pimentel. *O custo dos direitos e a concretização do direito à saúde segundo a jurisprudência dos tribunais regionais Federais Curitiba*, *Ius Gentium*, v. 8, n. 2, p. 275-299, 2017.

- TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista DIREITO GV 8, v.4, n.2, p. 539-568, 2008.
- WANG, Daniel. Poder Judiciário e a participação democrática nas políticas públicas de saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- WANG, Daniel; FERRAZ, Octávio. As duas Portas do SUS. 2014. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/As-duas-portas-do-SUS-13-23786.shtml>. Acesso em: 12. jan. 2021.