



JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ARGUMENTO PARA IGUALDADE ENTRE TODOS

HEALTH JUDICIALIZATION: POSSIBLE RESERVE AS AN ARGUMENT FOR EQUALITY BETWEEN ALL

Arthur Marques Teixeira¹
Simone Terezinha Zanon²

RESUMO

No presente trabalho visou-se destacar a importância de abordar à problemática que envolve à judicialização da saúde, tendo em vista a discussão sobre garantias de direitos individuais e coletivos sob a análise do Princípio da Reserva do Possível e o orçamento financeiro brasileiro como limitador a garantia do direito à saúde. Diante deste contexto propõe-se o seguinte questionamento, em que medida o judiciário teria condições de averiguar e ponderar razoavelmente a insuficiência de verbas para atendimento do pedido formulado pelo demandante em detrimento do direito garantido na Constituição, que não só assegura o direito a saúde, mas também a dignidade Humana? Para desenvolver a pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo, uma vez que se partiu de premissas gerais para pressupostos específicos, isso porque, inicialmente, analisou-se a conceituação de saúde, por conseguinte a judicialização da saúde, para verificar, ao fim, de que modo tal direito se restringe sob a limitação do Princípio da Reserva do Possível. Já como método de procedimento empregou-se o histórico, posto que para um maior entendimento, abordou-se conceituações desde a origem do direito à saúde até o ponto que os direitos individuais se sobrepõe ao coletivo e vice-versa, na qual demonstra-se a importância do judiciário frente a tal embate. Deste modo conclui-se que a abordagem justifica-se na necessidade de se garantir o direito à saúde de forma que não prejudique o coletivo e que não se fira o direito individual devendo-se ter um equilíbrio na tomada de decisões por parte do judiciário.

Palavras-chave: Saúde. Reserva do Possível. Judiciário. Igualdade

ABSTRACT

This paper aimed to highlight the importance of addressing the problems involved in the judicialization of health, in view of the discussion on individual and collective rights

¹ Autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.). Pesquisador do projeto Pensando o Direito: modelo de funcionamento para o processo administrativo de trânsito, pesquisa financiada pelo IPEA vinculado ao NUSEC da FADISMA. Endereço eletrônico: mhurrur@gmail.com

² Autora e Orientadora. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Especialista em Controladoria pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc); MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); MBA Business Intuition - O Empreendedor e a Cultura Humanista pela Faculdade Antonio Meneghetti (AMF); Pós Graduação em Ontopsicologia pela Universidade Estadual de São Petersburgo (UESP); Docente do Curso de Ciências Contábeis; Docente em regime de trabalho horista na disciplina de Contabilidade Introdutória; Endereço eletrônico:



guarantees under the analysis of the Principle of the Possible Reserve and the Brazilian financial budget as a limiting guarantee the right to health. In view of this context, it is proposed to question the extent to which the judiciary would be able to ascertain and reasonably consider the insufficiency of funds to meet the claim formulated by the plaintiff in detriment of the right guaranteed in the Constitution, which not only guarantees the right to health, but also human dignity? In order to develop the research, the deductive approach was used, since it was based on general assumptions for specific assumptions, because, initially, the concept of health, and therefore the judicialization of health, was analyzed, in order to verify, in the end, how such a right is restricted under the limitation of the Principle of the Reserve of the Possible. Already as a method of procedure, the history was used, since for a greater understanding, approaches were approached from the origin of the right to health to the point where individual rights overlap with the collective and vice versa, in which it is demonstrated the importance of the judiciary in facing such a conflict. In this way the approach is justified in the need to guarantee the right to health in a way that does not harm the collective and that individual rights are not violated.

Key-words: Cheers. Reservation of the possible. Judiciary. Equality.

INTRODUÇÃO

O direito a saúde, além de um direito social, é uma garantia constitucional prevista no art. 196 da Constituição Federal de 1988. Entretanto, discute-se hoje se seria um direito individual ou coletivo. Ou ambos. Deve-se observar casos aplicar-se-ia individualmente essa garantia, visto que o Estado deve oferecer igualmente a todos os cidadãos o acesso a saúde através de políticas públicas.

Hoje não se encontra um consenso, nem entre os cidadãos, muito menos entre os pensadores do direito ou julgadores das demandas propostas no judiciário, este estudo pretende analisar o direito a saúde posto formalmente na legislação, os direitos fundamentais à igualdade de exercício desse direito a todos os cidadãos e como essa igualdade garante a liberdade individual de cada cidadão de exercer tais direitos, até como meio de garantir a dignidade humana assegurada na Constituição de 1988.

Diante deste contexto propõe-se o seguinte questionamento, em que medida o judiciário teria condições de averiguar e ponderar razoavelmente a insuficiência de verbas para atendimento do pedido formulado pelo demandante em detrimento do direito garantido na Constituição, que não só assegura o direito a saúde, mas também a dignidade Humana?

Para responder ao problema de pesquisa posto, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, uma vez que se partiu de premissas gerais para pressupostos específicos, isso



porque, inicialmente, analisou-se a conceituação de saúde, por conseguinte a judicialização da saúde, para verificar, ao fim, de que modo tal direito se restringe sob a limitação do Princípio da Reserva do Possível. Já como método de procedimento empregou-se o histórico, posto que para um maior entendimento, abordou-se conceituações desde a origem do direito à saúde até o ponto que os direitos individuais se sobrepõe ao coletivo e vice-versa, na qual demonstra-se a importância do judiciário frente a tal embate.

Ante o exposto, para uma melhor compreensão do tema, o presente trabalho foi dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, analisam-se a conceituação do direito a saúde desde sua origem demonstrando sua garantia constitucional que por muitas vezes é assegurada judicialmente, na qual aborda-se a judicialização da saúde como instrumento garantidor dos direitos individuais sobre os coletivos. Por conseguinte, no segundo capítulo verifica-se o Princípio da Reserva do Possível como limitador a falta dos recursos financeiros do Estado que deveriam garantir o direito à saúde como um direito social de todos.

Por derradeiro, faz-se necessário elucidar que o presente trabalho enquadra-se na linha de pesquisa “Constitucionalismo e Concretização de Direitos” da 14ª Semana Acadêmica – ENTREMENTES, promovida pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A GARANTIA À SAÚDE COMO UM DIREITO DE TODOS

A organização mundial da Saúde (OMS, 1946) define o preâmbulo de sua Constituição que saúde é um completo bem-estar físico, mental e social, ou seja, não se trata apenas de ausência de doença. Afirmando ainda que gozar de plena saúde é um direito fundamental de todo o ser humano e que é responsabilidade dos governos garantir esse direito.

A Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) assegura a saúde como direito social no *caput* do art. 6º e estabelece esse direito em nível de igualdade a todos os cidadãos, bem como responsabiliza o Estado pelas políticas públicas que assegurem essa condição no art. 196. Embora, o direito não esteja elencado no rol de direitos e garantias fundamentais expressamente, é assim considerado, visto que o 2º do art. 5º do mesmo diploma legal, assegura os direitos sociais como fundamentais, então por tabela a saúde é sim um direito



fundamental do cidadão brasileiro.

Descreve Canotilho (2013, p.1934) que:

Conforme expressamente dispõe o texto constitucional, a saúde é direito de todos, cuidando se, portanto, de direito de titularidade universal, pois parece elementar que a saúde – à semelhança, alias, de outros direitos fundamentais –, quer por sua vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, quer por sua própria natureza, há de ser um direito de todos (de qualquer um), não podendo ter sua titularidade restrita, pelo menos não de forma generalizada e sem exceções, aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Segundo Canotilho, (2002, p. 1378) esse direito por ser fundamental garante ao homem individual que ele exerça esse direito do Estado sempre que descumprido, independentemente de qualquer previsão infraconstitucional, pois sua garantia é constitucional. Assim sendo, justifica que uma vez não atendida necessidade particular, o cidadão busque no judiciário a satisfação da sua demanda particular.

De acordo com Barroso (2012, p. 24) o poder judiciário tem assumido importante papel frente a questões de grande repercussão política ou social, na qual as instâncias tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo por si só não conseguem garantir direitos constitucionais que seriam de sua competência. Tal fenômeno caracteriza-se pela judicialização, onde se transfere os poderes para a tomada de decisões aos juízes e tribunais.

Veríssimo (2008, p. 408) descreve que cada vez mais temas de origem política, como por exemplo, de políticas públicas, tem parado dentro do mundo do direito, mais especificamente para dentro dos órgãos judiciários. Este fenômeno deve-se a nossa “Constituição Cidadã”, pois além de documento jurídico ela agrega a construção e a promessa de uma democracia sustentável, na qual se torna cada vez mais ativo o papel do judiciário.

Conforme descreve Barroso (2012, p.24), abaixo:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar.

Contudo, se a busca pelo poder judiciário tem sido a forma mais efetiva dos cidadãos garantirem seus direitos, por outro lado, fere o princípio da reserva do possível, ocorrendo à



colisão de direitos individuais e direitos coletivos. Em face de tal conflito em um segundo capítulo busca-se entender a dicotomia existente em decorrência da tentativa da garantia dos direitos sociais de todos cidadãos.

2. ORÇAMENTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Sabemos que a escassez de recursos financeiros é o principal limitador para atender a crescente demanda das necessidades humanas. Necessidades que, na qual são infinitas e que a cada desenvolvimento tecnológico surgem novas demandas. É imprescindível destacar que há pouco tempo não existia computadores, telefones, internet e que todas estas facilidades surgiram com intuito de auxiliar o ser humano. Mas diante de tantos aparatos e exigências ainda sofremos com a falta de recursos para atender as necessidades básicas, como por exemplo, o direito social à saúde. (SCAFF, 2005, p. 84-85).

Canotilho (2002, p. 469) destaca que as normas constitucionais por serem normas de direito público necessitam de investimento financeiro e a existência de tais recursos configura-se como um limitador econômico real à eficácia jurídica dessas normas. Diante disso a efetivação dos direitos sociais é alocada dentro de uma “Reserva do Possível” na qual se aponta para uma dependência de recursos econômicos.

Insta ventilar, que os direitos sociais não são os únicos a necessitar de exigência financeira, observa-se também, os direitos individuais e políticos que demandam de gastos por parte do poder público. A diferença aqui não é de natureza e sim de grau, na qual a doutrina de modo geral preceitua que os direitos sociais dependem de prestações positivas por parte do Estado em um maior nível, mas que comumente enfrentam a escassez dos recursos públicos que sempre são menores que as necessidades. (SARLET, 2004, p. 280)

A reserva do possível originou-se no Tribunal constitucional da Alemanha e através de doutrina e jurisprudência, acabou por ser incorporado no judiciário brasileiro. Está baseada em limites fáticos, ou seja, a existência de capacidade financeira para suprir a demanda; limites legais, onde é preciso que apesar de superado o limite fático, haja previsão na lei ou ainda que esteja orçado o recurso para que possa ser utilizado; e ainda o limite de razoabilidade, onde deve ser analisado a condição do querelante, ou a lógica do que está



sendo pedido. Este último limite é subjetivo e acaba por ficar a cargo de quem está a analisar o pedido. (SCAFF, 2005, p. 89)

Sobre a importação da Reserva do Possível pelo Brasil, face às grandes diferenças entre os países, critica Krell (2002, p. 108):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Cumpram-se destacar que a competência reservada ao legislador para a elaboração da lei orçamentária não é absoluta, na qual está sujeita as normas constitucionais e por consequência sujeita ao controle judicial. Na verdade há uma dificuldade em aplicar a “Reserva do Possível” no Brasil devido à disparidade de recursos existentes na Alemanha e em países periféricos, como o Brasil, visto que há uma má interpretação dos legisladores brasileiros, na qual tendo por base este limitador acaba-se reduzindo a zero a eficácia dos direitos sociais e consequentemente tornando-os de menor importância. (KRELL, 2002, p. 52).

Deve-se ter em mente que o Direito tem por escopo alterar a realidade, sendo que não faria sentido, muito menos seria de utilidade regular a realidade social por normas baseando-se na justificativa da impossibilidade de angariar recursos tendo como propósito impedir a mudança social a ser promovida pela aplicação do Direito. Grande parte dos problemas reside nas escolhas de prioridades de aplicação de recursos ou na violação de outras normas que teriam por caráter contribuir para o avanço social. (BARCELLOS, 2002, p. 03)

Por fim, ao olhar a reserva do possível como uma limitação do orçamento disponível para o atendimento das necessidades que se apresentam, é possível concluir que sempre haverá um grau de demanda infinitamente maior em relação à oferta de recurso que são escassos. Assim sendo é preciso uma racionalização das políticas públicas e das manifestações judiciais de forma a contemplar a realidade fática. Sob esta ótica poderíamos dizer que estar-se-ia promovendo uma limitação na efetivação dos direitos sociais garantidos



na Constituição, em detrimento da possibilidade real de atendimento das necessidades de forma geral e não individual.

CONCLUSÃO

Em face de a judicialização da saúde ser uma das alternativas que os cidadãos recorrem a fim de garantir seus direitos é possível verificar o crescimento de um desequilíbrio, uma nova visão e por vezes alterações no orçamento ora determinado que poderia sair de controle do Estado.

A saúde é um direito humano fundamental, mas encontra-se mal implementado, onde é imprescindível haver um equilíbrio entre a busca do direito individual e das políticas públicas, pois o orçamento público corre o risco de ser mal onerado ocasionando a inviabilidade da atuação do Estado.

Neste ínterim é necessário buscar uma contenção do judiciário de forma que não afete o exercício do direito à saúde a todos, pois a solução para que todos consigam ter acesso ao direito à saúde é o trabalho conjunto de todos os envolvidos no processo.

Se a reserva do possível for analisada sob a ótica da razoabilidade, analisando-se mais minuciosamente as possibilidades dos demandantes, e as capacidades do Estado, talvez seja possível que tenhamos decisões que não desequilibrem tanto o binômio oferta e demanda.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade**. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 07/09/2017

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>> Acesso em: 07/09/2017.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 20/09/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

KREL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Disponível em: <

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2002;000626438> >

Acesso em: 15/09/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> >.

Acesso em: 16 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2007;000772105>>

Acesso em: 14/09/2017

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos**.

Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814> >

Acesso em: 12/09/2017

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”** Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158/33963>> Acesso em: 09/09/2017.