



**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
RESERVA DO POSSÍVEL**
**THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: AN ANALYSIS FROM
THE POSSIBLE RESERVE**

Larissa Melez Ruviaro¹

RESUMO

O presente trabalho possui como tema os limites do direito à saúde, que mesmo tratando-se de um direito fundamental, depara-se com oposições, ocasião em que é preciso ponderar e limitar o direito à saúde, através da “reserva do possível”. Assim, considerando o direito à saúde, bem como o princípio da reserva do possível, cabe perquirir quais são os obstáculos enfrentados pelo direito fundamental à saúde, motivo pelo qual é necessária sua limitação e a aplicação da “reserva do possível”? Dessa forma, para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se para abordagem o método dedutivo e como método de procedimento empregou-se o funcionalista. Ademais, o presente estudo foi dividido em duas seções. No primeira seção, foi abordada a previsão constitucional do direito à saúde, analisando suas delimitações, como direitos fundamentais relativos. No segunda, foi avaliado o princípio da reserva do possível como limitador dos obstáculos enfrentados pelo direito fundamental à saúde. Dessa forma, concluiu-se que a reserva do possível é indispensável ao direito à saúde, pois devido a capacidade financeira do Estado, esse não consegue, infelizmente, atender à todas as demandas. Sendo assim, o método de ponderação, analisando a necessidade do paciente e a possibilidade do Estado, garante o mínimo existencial de forma igualitária e universal.

Palavras chaves: Constituição Federal. Direito à Saúde. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present work has as its theme the limits of the right to health, which, even when it is a fundamental right, is faced with oppositions, when it is necessary to consider and limit the right to health, through the "reserve of the possible". So, considering the right to health, as well as the principle of the reserve of the possible, it is necessary to investigate what are the obstacles faced by the fundamental right to health, reason why its limitation and the application of the "reserve of the possible" is necessary? Thus, in order to respond to the research problem, the deductive method was used to approach and as a method of procedure the functionalist was employed, because it is the study of society, since it considers all social and cultural activity. In addition, the present study was divided into two chapters. In the first chapter, the constitutional prediction of the right to health was analyzed, analyzing its delimitations as relative fundamental rights. In the second chapter, the principle of reserving what was possible was assessed as limiting the obstacles faced by the fundamental right to health. In this way, it was concluded that the reservation of the possible is indispensable to the

¹Autora. Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).
Endereço eletrônico: larissa_ruviaro@hotmail.com



right to health, due to its financial capacity State, meet all the demands. Thus, the weighting method, analyzing the patient's need and the possibility of the State, guarantees the existential minimum in an egalitarian and universal way.

Key words: Federal Constitution. Right to Health. Reserva do Possível.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi abordado, na Constituição Federal de 1988, como um direito social fundamental, o qual necessita de amparo estatal. Referido direito, retrata que a saúde precisa ser ofertada a todos de modo integral, universal e igualitária. Frisa-se, que esse direito sofre limitações, não sendo absoluto. Dessa forma, o direito à saúde, enfrenta objeções, situação que traz à baila a necessidade de ponderar e limitar o direito à saúde, por meio da “reserva do possível”. Diante disso, questiona-se quais são os obstáculos enfrentados pelo direito à saúde, motivo pelo qual é necessária sua limitação e a aplicação da “reserva do possível”?

Para responder ao problema de pesquisa proposto utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo do geral e, a seguir, desce ao particular. Isso porque no caso em questão, primeiramente irá ser analisado o direito fundamental a saúde e o princípio da “reserva do possível”, para, posteriormente, apreciar as ponderações e limitações impostas ao direito à saúde pela “reserva do possível”. Como método de procedimento foi empregado o funcionalista, em virtude de ser o estudo da sociedade do ponto de vista da função das suas unidades, uma vez que considera toda a atividade social e cultural, inclusive o funcionamento ou desempenho de suas funções.

Ainda, o trabalho enquadra-se na linha de pesquisa “Constitucionalismo e Concretização de Direitos” da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), dado que aborda o direito fundamental e social à saúde, bem como verifica a possibilidade de entrega desse direito por parte do Estado. Ademais, para uma melhor compreensão do tema, o presente artigo foi dividido em duas seções. Na primeira seção, foi abordada a previsão constitucional do direito à saúde, analisando suas delimitações, como direitos fundamentais relativos. A segunda seção, por sua vez, foi responsável por avaliar o princípio da reserva do possível como garantidor do mínimo existencial e, da mesma forma, limitador dos obstáculos enfrentados pelo direito fundamental à saúde.



1. O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Ao longo do tempo e de cada Constituição, vinha sendo abordado o conceito de saúde e suas eventuais alterações. No século XIX, no ápice da industrialização, foi estabelecido ao Estado a obrigação de assumir a responsabilidade pela saúde da população, pois a ausência de planejamento e de saneamento propiciou a proliferação de doenças (PILAU SOBRINHO, 2003). Dessa forma, em 1946, foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS), e no preâmbulo de sua constituição a saúde foi prestigiada como um estado de total bem-estar físico, mental e social sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social (PILAU SOBRINHO, 2003).

Para Dallari a definição da OMS foi alvo de diversas críticas, pois assegura que o estado de completo bem-estar era inexistente, mas que a saúde deveria ser apreciada como a constante busca de tal estado (DALLARI, 2013). Em contraponto, Alexandre Bernardino Costa (2013) enfatizou que o conceito de saúde e seu apropriado equilíbrio devem ser encontrados e permanentemente construídos pela própria comunidade, mas para isso é imprescindível que tenha o mesmo sentido para as pessoas em geral, para os parlamentares e também para os gestores públicos.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde veio disciplinado no título dedicado à ordem social, o qual objetivava o bem-estar e a justiça social. Dessa forma, o artigo 6º, caput, da Constituição Federal de 1988, trouxe um rol de direitos fundamentais sociais, sendo eles: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância (SARAIVA, 1983).

No entanto, foi no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, que o direito à saúde foi reconhecido como direito de todos os cidadãos e dever de ser garantido pelo Estado, através de políticas sociais e econômicas (BRASIL, 1988). Essas políticas públicas têm por objetivo à redução do risco de enfermidades e de outras moléstias, sendo garantido o acesso universal e igualitário às atuações e serviços que promovam o amparo e recuperação. Sendo assim, o constituinte ao disciplinar este direito, trouxe à baila a sua natureza difusa, ou seja,



um direito de todos, sendo seus titulares indetermináveis, e tendo como componente um bem jurídico indivisível (DAVIES, 2013).

O direito à saúde é densamente conectado ao direito à vida e está sob a conjuntura de proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ele foi eleito pelo constituinte como de simbólica seriedade, recebe, assim, amparo distinto dos demais na ordem jurídica brasileira (ARRETCHE, 1996). Assim, o direito à saúde deixou de receber uma definição estrita, demonstrando-se passível de várias interpretações, desde que garanta o bem-estar físico, mental e social do homem, ou seja, uma melhor qualidade de vida (CRESPO, 2004).

Com isso, foram instituídos princípios integradores do direito à saúde, sendo eles o princípio da universalidade e o da integralidade. A universalidade é caracterizada como a promoção ampla, ou seja, universal, que alcance todo e qualquer cidadão, não havendo a necessidade de qualquer pré-requisito. Já a integralidade, no entanto, é percebida como o acesso integral ao sistema, mais precisamente, a tudo que é possível oferecer (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000).

No entanto, esses princípios passaram a sofrer limitações para a sua realização e proteção ao direito à saúde. Os limites estão atrelados, principalmente, a escassez de recursos, o que traz à baila a “reserva do possível”, devido à necessidade do ativismo judicial para a concessão de medidas, situação que demonstra a dificuldade para a efetiva garantia do direito à saúde. “Em verdade, tratando-se de direito à saúde sempre haverá um descompasso entre os serviços prestados e àqueles por alguns esperados, afinal, diante da infinidade do progresso científico é inviável conceder tudo a todos.” (DAVIES, 2013, p. 9).

2. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO GARANTIDOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A PONDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Atualmente, tem-se vivenciado a judicialização de direitos, que deveriam ser alcançados no âmbito dos Poderes Executivos e Legislativos. Contudo, esses direitos estão sendo buscados no judiciário. Sendo que isso decorre da ampliação de Direitos Constitucionais, fazendo com que o titular do Direito possa ir buscar no judiciário aquilo que



lhe é assegurado por Lei. Esse fenômeno verifica-se na medida em que inúmeras demandas chegam ao judiciário, pleiteando medicamentos, consultas, tratamentos e etc. (BARROSO, 2003).

Nesses casos, muitas vezes, o poder público é incumbido a custear esses tratamentos, inclusive em sede de liminar. Sendo visível aqui, um embate entre o direito fundamental a saúde e a possibilidade econômica do estado, em arcar com os gastos de saúde decorrentes de decisões judiciais. Diante disso, o poder público busca aplicar o princípio da “reserva do possível”. (VENTURA, 2010).

A “reserva do possível” teve origem em 1972 no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso “*numerus clausus*”, no julgamento ficou decidido pelo Tribunal alemão que, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, conforme a reserva do possível não seria possível impor uma obrigação que escapasse aos limites do razoável e do possível, pois colocaria a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, afetando e corrompendo a própria noção de Estado Social (OLSEN, 2006).

Dessa forma, a sua aplicação se deu no início de 1973, através de uma construção teórica que afirmava que, a efetivação dos direitos sociais e as suas devidas prestações, estavam adstritas a capacidade financeira do Estado, pois dependiam de prestações e da disponibilidade de recursos nos cofres públicos. (CALIENDO, 2008). Embasado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Corte “determinou um aumento expressivo do valor da ajuda social, valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes” (KRELL, 2002, p. 61). Com isso, nasceu o Direito Fundamental a um mínimo vital/existencial, no entanto, o mesmo não foi positivado de forma explícita na Constituição Federal, apenas teve referência através do artigo 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, quando esse assegurou o salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

O Princípio da Reserva do Possível surgiu no Brasil como meio de frear a aplicação dos direitos fundamentais, até mesmo conter as políticas sociais por parte dos tribunais, uma vez que só pode ser exigido do Estado aquilo que está dentro do orçamento. No entanto, precisou de algumas alterações, por se tratar de um país em desenvolvimento, sendo possível



a sua aplicação como um limitador, desde que respeitando as políticas públicas já efetivadas (CALIENDO, 2008).

Ao ser concedido, via judicial, um instrumento necessário para a melhoria da qualidade de vida, o Judiciário realiza a inversão do critério de igualdade, beneficiando determinado sujeito e, assim, ocasionando um patamar de desigualdade entre o restante da população. No entanto, com o ativismo judicial e as inúmeras decisões proferidas nesse sentido, acaba por ocasionar desequilíbrio no orçamento voltado ao direito à saúde (ALEXANDRE, 2012).

Na expectativa de oferecer soluções para o fato de a sociedade ter direitos e garantias asseguradas pelo Estado. No entanto, não ter meios de concretizá-los é que nasceu a regra jurídica, que para Lobo Torres, foi conceituado como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações positivas” (TORRES, 2009, p.35). Segundo o conceito, o imprescindível não é o orçamento do Estado e sim o que é admissível em relação à cobrança de prestações a serem desempenhadas e o que o Poder Público efetivamente tem condições de realizar. A princípio deve-se considerar o que realmente necessita ser garantido, em respeito às normas constitucionais (OLSEN, 2006).

É possível concluir que, a “reserva do possível” abarcou além da possibilidade financeira do Estado para custear o direito à saúde, também, o planejamento estatal voltado para políticas públicas, desde que resguardada e sopesada a ponderação e a limitação, sob os aspectos dos princípios da integralidade e universalidade. Contudo, ao ser realizado o planejamento orçamentário, são designadas verbas para a saúde assistencial e preventiva, situação em que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios estão em posição de garantidores do direito à saúde, através do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que respeitem as diretrizes orçamentárias e suplementares, quando estas últimas existirem.

Ademais, é possível buscar judicialmente a garantia do direito à saúde, estando atribuída a responsabilidade solidária entre os entes federados. No entanto, há situações em que o Estado não possui recursos satisfatórios para atender todos os litígios, momento em que é preciso utilizar-se da “reserva do possível”, a fim de ponderar e limitar o direito à saúde, em



consonância com a suficiência de recursos públicos e da previsão orçamentária da respectiva despesa (IBRAHIM, 2012).

Assim, a saúde por ser um direito social fundamental, necessita de implementação “coletiva, gradativa, progressiva e contínua, jamais imediata e instantânea” (DAVIES, 2013, p. 9). Para a efetivação e disponibilidade dos instrumentos necessários ao direito à saúde, mostra-se de suma importância a aplicabilidade da “reserva do possível”, como método de ponderação e de verificação da necessidade e possibilidade, devido ao alto custo atribuído ao Estado, além de não haver recursos suficientes para atender todos os casos, necessitando a realização de escolhas perante os casos prioritários (LIMA, 2009).

CONCLUSÃO

Considerado um direito difuso, o direito à saúde é um direito de toda a coletividade e está intrinsecamente relacionado ao direito à vida, assim como é pressuposto ao direito à uma vida digna. Devido a isso, esse direito, pode ser amplamente interpretado desde que estejam resguardados o bem-estar físico, mental e social dos seus titulares. Ainda, é um direito regido pelos princípios integradores da Universalidade e Integralidade. Mas devido a capacidade econômica do estado, que muitas vezes não é universal muito menos integral, esses princípios necessitam de limitações.

Sendo essa limitação proporcionada pela “reserva do possível”. Por isso, o poder público oferece o mínimo necessário para todos que necessitam, com base na universalidade e igualdade. Ou seja, reserva o mínimo para que todos sejam alcançados, pois do contrário, parcela seria beneficiada e outra teria seu direito prejudicado.

Em que pese exista a denominada “reserva do possível”, muitos recebem tratamento diferenciado devido a decisões judiciais, o que pode afetar os recursos do Estado, deixando de oferecer o mínimo ao próximo. Assim sendo, verifica-se uma judicialização do direito à saúde, na medida em que o Poder Judiciário se vê obrigado a decidir demandas de saúde, que deveriam ser atendidas pelo Executivo. Portanto, a reserva do possível, além de jurídica é política, no sentido de instituir medidas públicas que sejam capazes de efetivar o direito à saúde garantido em sede constitucional.



Portanto, a reserva do possível é indispensável ao direito à saúde. O Estado é quem possui o dever de garantir o direito à saúde a toda a sociedade, no entanto, devido a sua capacidade financeira não consegue, infelizmente, atender à todas as demandas. E a reserva do possível enquanto um método de ponderação, analisando a necessidade do paciente e a possibilidade do Estado, garante o mínimo existencial de forma igualitária e universal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Cristiane Aurora. A intervenção judicial nas escolhas orçamentárias e a efetivação das políticas públicas. In: **Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Brasília – DF, 2012. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/430/Monografia_Cristiane%20Aurora%20Alexandre.pdf?sequence=1> . Acesso em: 04.abr.2018

ARRETCHE, Marta. Mitos da Descentralização: Mais democracia e eficiência nas políticas públicas? In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 31, São Paulo, ANPOCS, junho de 1996.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 24.abr.2018.

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14.out.2018.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03.abr.2018

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). In: **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

COSTA, Alexandre Bernardino, *et al.* **O direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009. O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. In: **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013. Disponível em:



<http://rededireitosanitario.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2011/08/O_Direito_Achado_na_Rua_PDF-vol.4.pdf> Acesso em: 24. abr.2018.

CRESPO, Enrique Barón; HERNÁNDEZ, Eduardo Martinez y; PERULLES, Luis Francisco García. **Tratado del Derecho a la Protección de la Salud**. 2. ed. Madrid: Laxes – S. L. Fotocomposición, 2004. p.85.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. UFSC. O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. In: **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013. ISSN 2236-5044. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/26843/public/26843-26845-1-PB.pdf>> Acesso em: 24. Abr.2018.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. Limites constitucionais do direito à saúde: reserva do possível x mínimo existencial. In: **XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado em Porto de Galinhas**. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/limites-constitucionais-direito-saude-reserva-possivel-x-minimo-existencial/>>. Acesso em: 24.abr.2018. p.9.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre, RS: Fabris, 2002. p. 61.

LIMA, George Marmelsteinm **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SUS princípios e conquistas**. Brasília-DF, dezembro de 2000. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 04.abr.2018. p.29-31.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**, 2006. Dissertação - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 233.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 120.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 23.



ANAIS DA 15ª SEMANA
ACADÊMICA DA FADISMA
DIREITO E CIÊNCIAS CONTÁBEIS

ISSN: 2446-726X



TORRES, Ricardo Lobo, et al. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais, SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. In: **Revista de Saúde Coletiva**. 2010.