

## O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Grupo de Trabalho II - Jurisdição Constituição e papéis institucionais

Marcela Rachid Augusto De Souza<sup>1</sup>  
Marcella do Amparo Monteiro Freire<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 196, garantiu o direito à saúde como direito fundamental. Assim, as demandas judiciais para implementação desse direito têm sido frequentes nos tribunais brasileiros. Com escopo de discutir o tema, o presente trabalho discorre sobre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível. A limitação de recursos, o grande número de demandas judiciais e o princípio da reserva do possível foram elementos que pesaram na aplicação da garantia do direito à saúde em sua integridade. Porém, o direito à saúde e o princípio da reserva do possível devem ser ponderados para que não haja violação dessa garantia constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde. Princípio da reserva do possível. Demandas Judiciais.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, assegura a saúde como um direito fundamental social. A positivação desse direito no ordenamento jurídico pátrio não é suficiente para sua efetivação pois, ainda hoje, existem obstáculos para a realização do direito à saúde. Como se trata de um direito de caráter prestacional, depende de disponibilidade financeira e de capacidade jurídica do Estado para assegurá-lo.

Ressalta a Carta Magna, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que este deve perseguir os meios disponíveis para reduzir o risco de doenças e agravos, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O princípio do acesso à justiça garante ao indivíduo a impetração de uma ação judicial para garantir o direito à saúde quando houver violação desse direito pelo Estado. Deste modo, o Estado ocupa o polo passivo da relação jurídica processual, sem que isso comprometa a promoção de políticas públicas posteriores para a solução de casos análogos.

Porém, os argumentos do Estado que buscam relativizar a obrigação da prestação de um serviço público pleiteado individualmente abordam, com frequência, o caráter complexo das ações estatais, a falta de recursos e a reserva do possível fática e jurídica.

<sup>1</sup> Mestranda em direito pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em direito Civil, Empresarial e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida (2011). Graduada em Direito, pela Universidade Iguazu (2003). Coordenou o departamento Jurídico do Hospital Geral de Nova Iguazu de 2013 a 2018. Advogada desde 2004, atuando na área cível e do consumidor. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito Constitucional e direito Administrativo. Email: marcela-rachid@hotmail.com (<http://lattes.cnpq.br/4233373578882106>)

<sup>2</sup> Mestranda em direito pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Privado e Processo Civil pela Universidade Gama Filho (2007). Especialista em Curso de Especialização nas áreas do Direito pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2010). Graduada em Direito, pela Universidade Gama Filho (2007). Servidora Pública. E-mail: marcellaamonteiro@gmail.com (<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4711824H6>).

Causando, assim, um conflito na efetivação do direito à saúde aos indivíduos. No entanto, a mera alegação da ausência de recursos para custear um serviço prestacional do Estado não é suficiente para obstaculizar a concessão da tutela no que diz respeito ao direito fundamental à saúde.

## 1 OBJETIVOS

Pretende-se, com a pesquisa, demonstrar a dificuldade do cidadão de ter seu direito à saúde garantido pelo Estado, diante da alegação do princípio da reserva do possível. A alegação desse princípio não pode sobrepor uma garantia constitucional. Refletir sobre o dever do Estado, o direito à vida do indivíduo, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2 METODOLOGIA

A metodologia aplicada abordará essencialmente a análise de textos doutrinários, legislações, decisões judiciais, acerca de situações envolvendo a garantia do direito à saúde e a alegação do Estado do princípio da reserva do possível.

## 3 DISCUSSÃO

A saúde, enquanto direito fundamental social, está presente no art. 6º da Constituição de 1988, decorrente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Por ser um direito prestacional requer do Estado disponibilidade financeira para sua efetivação, pois cabe a ele o dever de assegurá-la por meio de políticas públicas e ações afirmativas.

União, Estado e municípios possuem responsabilidade solidária para assegurar a garantia do direito à saúde, podendo ser pleiteado de qualquer um desses entes federativos.

Segundo Canotilho: “os direitos sociais às prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos à prestações financiadas pelos cofres públicos”.

Assim, o Estado se respalda com o argumento dos limites existentes nos cofres públicos, abstendo-se de cumprir com o atendimento à saúde.

Assevera Caliendo, que:

A reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (numerus-clausus Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.

Gassen Zaki Gebara considera a reserva do possível, em um sentido amplo, como uma forma de:

[...] limitação de recursos para a satisfação das obrigações estatais. O argumento da reserva do possível pode ser levantado em qualquer demanda judicial, na qual o Estado veja-se impossibilitado de fornecer, imediatamente, uma determinada obrigação a que se ache obrigado. É o que se extrai dos fundamentos da reserva do possível, tal qual apresentado, no sentido de que os recursos escassos, quando gerenciado para o atendimento de determinadas prioridades, à escolha dos poderes constitutivos, podem vir a faltar para a satisfação de outras necessidades, muitas vezes também prioritárias.

Portanto, ficamos dependentes do Estado e da disponibilidade dos recursos financeiros para a efetivação desse direito constitucionalmente reconhecido.

Assim, observamos que a prestação almejada deve se relacionar ao que o indivíduo pode possivelmente pleitear da sociedade, de forma que, mesmo havendo no Estado recursos e poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se sustente nos limites do razoável.

Mas, ao mesmo tempo, não cabe ao Estado se valer desse argumento para não garantir à sociedade o adequado atendimento à saúde.

Robert Alexy defende que:

Dizer que um direito é de cunho prestacional significa, portanto, que em sentido estrito, são positivos e dependem de prestações materiais. Também demandam direitos subjetivos negativos capazes de bloquear o seu núcleo essencial contra violações.

No entanto, seguindo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico de acordo com os objetivos reais de um Estado Democrático de Direito, o direito à saúde só se efetiva se houver previsão das receitas e despesas do Estado e dos gastos com políticas públicas que os garantem.

O não cumprimento do Estado em garantir a saúde e outros direitos sociais previstos constitui violação à Constituição, seguindo assim a teoria da efetividade máxima dos direitos fundamentais sociais.

Ressalta Sarlet:

O direito à saúde como direito social possui conexão com a ideia de mínimo existencial, sintonizando-se com a adequada compreensão do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana”. Enfatiza-se também que o mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegendo-os de qualquer intervenção, seja do Estado ou da sociedade.

A mera alegação da reserva do possível não constitui fundamento suficiente para não efetivação de um direito fundamental social. Deve-se comprovar a real ausência de meios suficientes e capazes de impedir a tutela jurisdicional do direito à saúde, bem como a desproporcionalidade da pretensão deduzida.

#### **4 RESULTADOS**

Todas essas questões ressaltam conflitos que não são meramente individuais, mas referem-se à saúde pública. De acordo com os dados extraídos da publicação “Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil”, do juiz federal Clenio Jair Schulze, baseado no Relatório Justiça em Números (2017), tramitaram 1.346.931 processos judiciais de saúde de natureza cível ajuizados até 31/12/2016 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. Conforme informações extraídas de <https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>.

#### **CONCLUSÃO**

A efetivação dos direitos fundamentais sociais sofre restrições fundamentadas na reserva do financeiramente possível. Porém, não basta que o Estado simplesmente afirme este fato, ele deve comprovar a ausência de recursos financeiros colacionando aos autos as respectivas provas.

Cabe salientar, que o Estado tem o dever constitucional de conferir a todos as garantias fundamentais, concretizando-as. Assim, a alegação do ente público de não possuir condições de arcar com despesas extras, sem previsão orçamentária, sob o princípio da reserva do possível, precisa ser analisada considerando o fundamento constitucional, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo art. 1º, inciso III, o da dignidade da pessoa humana. Portanto, a reserva do possível deve estar em conformidade com a dignidade da pessoa humana não

podendo ser violada, ante a alegação de falta de previsão orçamentária, sob pena de violação aos fundamentos garantidos na Constituição.

É notório o crescente número de ações judiciais para assegurar esse direito, porém a ponderação de valores deve ser utilizada para elucidar o conflito, devendo o juiz aplicá-la com razoabilidade e bom senso, haja vista o evidente direito subjetivo de todos ao acesso às políticas públicas de saúde.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.com.br>. Acesso em: 13 maio de 2019.

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

CANOTILHO, José; CORREIA, Marcus; CORREIA, Érica. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. 220 p.

GEBARA, Gassen Zaki. **A Administração Pública no Estado Constitucional, os Direitos Sociais como Direitos Subjetivos e o Princípio da Reserva Orçamentária no Brasil e no Direito Comparado**. Disponível em: [http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo02.php](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo02.php)> Acesso em: 13 maio 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 9ª edição, 2011. SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Bennete. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.