

O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Patrícia Gomes Ribeiro*

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado que deve garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas para reduzir o risco de doença, proporcionando, ainda, o chamado acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

Inobstante a Constituição Cidadã preceitue tal garantia de forma expressa, exsurtem nos tribunais e doutrina pátrias questionamentos acerca da matéria, no que tange à sua compatibilidade com o denominado princípio da *reserva do possível*. Em razão disso, há um aparente conflito entre o princípio da legalidade e o direito à saúde.

Nesse cerne, além da análise da jurisprudência dos tribunais pátrios acerca da matéria, serão abordados os pontos de divergência na doutrina por meio da análise da saúde como direito fundamental, bem como da reserva do possível como argumento estatal para limitar os gastos públicos.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O artigo 196, da Constituição Federal de 1988, prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, extraíndo-se da leitura do referido dispositivo que a saúde está intrinsecamente relacionada à inviolabilidade do direito à vida, encartado no artigo 5º, da Constituição Federal. Nesse pórtico, trata-se de norma de aplicação imediata e eficácia plena por constituir garantia fundamental, conforme o § 1º, do citado artigo 5º:

[...] são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis (SILVA, apud LENZA, 2010, p. 177).

Assim, quanto aos direitos fundamentais, a Constituição vigente possui os Títulos *Princípios Fundamentais* e *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, sendo este integrado pelos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

* Técnica do MPE, Assessora Ministerial I da 6ª Procuradora de Justiça. Bacharela e Pós-graduanda (*latu sensu*) em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar-UnP. E-mail: patyribeiro_1306@hotmail.com.

As funções dos direitos fundamentais, lastreadas na Teoria dos quatro *status* de *Jellinek*, segundo a qual o indivíduo pode encontrar-se perante o Estado de quatro formas: passiva, ativa, positiva e negativa, embasaram as espécies de direitos fundamentais consistentes nos direitos de participação; prestação; de defesa; prestações materiais; e prestação jurídica. Especificadamente, quanto ao direito de prestação, evidencia-se sua inclusão nos direitos fundamentais de segunda geração, consistentes na *prestação positiva do Estado* para garantir direitos desprovidos de efetivação, sendo, assim, inerente aos direitos sociais previstos do artigo 6º ao artigo 11, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, refletindo a jurisprudência pátria, conferem aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, consoante se extrai dos seguintes julgados:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgReg em Suspensão de Liminar nº 47, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 17.03.2010).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE EXAME IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ARBITRADOS DEVIDAMENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL (TJRN, Apelação Cível 2010.015782-9, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Aderson Silvino, Julgamento: 03/05/2011).

Por sua vez, com lastro nos artigos 196 e 198, ambos da Constituição Cidadã, foi editada a Lei nº 8.080, de 19 setembro de 1990, preceituando nos artigos 2º, 3º, 6º e 7º, os requisitos para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e funcionamento dos serviços correlatos. Para concretizar o direito à saúde, a União editou a Portaria nº 3.916/GM, de 30 de outubro de 1998, tratando da Política Nacional de Medicamentos para implementar, através do Sistema Único de Saúde (SUS), as atividades referentes à promoção de acesso da população aos medicamentos essenciais. Dessarte, aos Entes Federados foi conferida a responsabilidade solidária quanto às ações e serviços na seara da saúde.

Nesse contexto, destaca-se o Ministério Público como importante instrumento, eis que

é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, nos termos do artigo 127, da Constituição Federal. Acerca da matéria, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui elemento que fundamenta as decisões judiciais favoráveis às pretensões visando o recebimento de medicamentos de alto custo. Consoante o entendimento predominante, é conferida a preferência à proteção à saúde quando em confronto com a necessidade de equilibrar as finanças públicas, tendo em vista constituir a saúde direito fundamental social expressamente previsto no rol dos direitos fundamentais constantes no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da reserva do possível originou-se na Alemanha, nos anos 1970, sendo igualmente conhecido como *reserva do financeiramente possível*. Tal princípio consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos.

[...] o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.¹

Dessarte, a efetivação dos direitos fundamentais sociais sofre restrições, consubstanciadas na *reserva do financeiramente possível*. A partir da construção jurisprudencial ao longo dos anos acerca da reserva do possível, atualmente tem sido exigida a comprovação da ausência de recursos, não bastando que o Estado simplesmente afirme tal fato, sem colacionar aos autos as respectivas provas.

Ademais, outro fator que merece destaque no estudo do princípio *sub oculi* diz respeito ao dever constitucional do Estado de conferir a todos as garantias fundamentais, concretizando-as. Sob esse enfoque, quando o Ente Público aduz como matéria de defesa não possuir condições de arcar com despesas extras, sem previsão orçamentária, sob o manto do princípio da reserva do possível, impossível deixar de analisá-la sem considerar a concretização da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Assim, conforme exposto em linhas pretéritas, a reserva do possível deve estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana que não pode ser maculada, ante a alegação de falta de previsão orçamentária, sob pena de violação aos fundamentos encartados na

1 SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 20 maio 2011.

Constituição Cidadã.

4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, como um dos três poderes do Estado, cuja função essencial é a jurisdicional, hodiernamente, tem exercitado várias funções que, para Luiz Flávio Gomes,² consistem na aplicação contenciosa da lei aos casos concretos; no controle dos outros poderes; na realização do autogoverno; na concretização dos direitos fundamentais; e na garantia do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Dentre tais funções, destaque-se o controle dos outros Poderes, especificamente do Poder Executivo. Conforme o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição vigente, os atos praticados pela Administração Pública devem ser examinados pelo Judiciário ante o princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, tratando-se do poder-dever do Judiciário. Corrobora nesse sentido a necessidade de controle dos atos praticados pela Administração, com base na independência e harmonia dos Poderes.

As discussões e posicionamentos divergentes na doutrina e jurisprudência pátrias exsurtem a partir de decisões judiciais determinando que o Ente Público forneça medicamentos ou exames ou tratamentos que não constam no orçamento previsto. Nesse prisma, há argumentos que, respaldados na ausência de previsão orçamentária como elemento intrínseco à atuação estatal, defendem que os citados pleitos judiciais não podem ser atendidos, eis que não previstos no orçamento. Aliado a tal fato, outro aspecto que merece destaque é o argumento contrário à intervenção do Poder Judiciário nesses casos, intitulando-o como *judicialização da saúde*. Sob esse aspecto, é alegada a vedação à atuação positiva do juiz.

Mediante estudo minucioso sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto exarado no Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada 175, concluiu, ao realizar audiência pública para ouvir especialistas em matéria de saúde pública, que a intervenção judicial ocorre para cumprir políticas públicas já estabelecidas, não se discutindo, no caso, a questão de interferência do Poder Judiciário em cerne caracterizados pela discricionariedade de outros Poderes. Nessa esteira, o voto do Ministro Carlos Brito no citado Agravo Regimental ressaltou que o Judiciário pode, mesmo excepcionalmente, fazer implementar políticas públicas quando os órgãos estatais competentes não o fizerem, comprometendo a eficácia e integridade de direitos individuais ou coletivos garantidos constitucionalmente.

Portanto, denota-se a consolidação da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios quanto à possibilidade do Judiciário assegurar direitos fundamentais sociais, conferindo-lhes a efetividade indispensável à sua fruição. Para tanto, a ponderação de valores deve ser o instrumento norteador para elucidar a *quaestio* debatida, devendo o juiz aplicá-la com razoabilidade e bom senso, tendo em vista o evidente direito subjetivo de todos ao acesso às

2 FACHIN, Zaffaroni. *Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080728123528269#1. Acesso em: 22 maio 2011.

políticas públicas de saúde.

5 CONCLUSÃO

A saúde, como direito de natureza subjetiva pública, deve ser garantida pelo Estado mediante condutas positivas. A partir dessa premissa e, mediante as inúmeras demandas judiciais hodiernamente em trâmite nos tribunais pátrios pleiteando o fornecimento de medicamentos, exames ou tratamentos de saúde, constata-se que o cidadão deseja a concretização, por meio do Poder Judiciário, de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Ora, nos pleitos formulados são abordados casos concretos que reclamam simplesmente a aplicação de dispositivos constitucionais já previstos que garantem o direito à saúde. Para tanto, o juiz deve aplicar a ponderação de valores como instrumento hábil à elucidação da demanda, analisando o caso concreto para identificar se há ou não omissão do Poder Público ou se a reserva do possível está sendo arguida tão-somente de forma evasiva, sem comprovação. Assim, aplicável à espécie a razoabilidade e o bom senso que devem lastrear as decisões judiciais como forma de garantir a verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Zaffaroni. *Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080728123528269#1>. Acesso em: 22 maio 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.