

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

THE PRINCIPLE OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE AND THE REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Aurelídia Santos Ferreira ¹

RESUMO

O objetivo desse estudo foi analisar a efetivação do direito fundamental à saúde a luz do princípio da reserva do possível. Quanto a metodologia de pesquisa, se trata de uma revisão bibliográfica de caráter quantitativo, por meio de um levantamento de produção referente ao tema e buscou possíveis reflexões a partir da discussão e resultados obtidos. Nesse estudo, destaca-se que os direitos fundamentais são considerados como direitos de defesa, que a princípios tinham caráter simbólico em que o Estado estava submetido ao Direito sem qualquer preocupação direcionada como proteção social, onde a econômica era livre, no entanto trata-se de monopólio de produção que beneficiava somente uma classe, marcando cada vez mais um Estado centralizado e intervencionista. A proteção dos direitos e garantias fundamentais são assegurados constitucionalmente para que não sofreram qualquer tipo de retrocesso quanto sua eficácia. Assim, a necessidade de uma análise do princípio da reserva do possível deve ser feita pela ótica constitucional, pois a forma como o Estado conduz os direitos fundamentais representa sua forma ideológica e política, certo de que esses direitos marcam o Estado Democrático de Direito. Portanto, o princípio da Reserva do Possível não pode ser utilizado para a infringência de direitos fundamentais como o direito à saúde, a questão da alocação de recursos deve ser vista com bastante cautela, uma vez que, na maioria dos casos, faltam recursos porque os mesmos foram alocados para outros fins, dispensando assim a ordem de prioridades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à saúde. Princípio da proporcionalidade. Princípio da reserva do possível.

ABSTRACT

The objective of this study was to analyze the effectiveness of the fundamental right to health in the light of the principle of the reserve of the possible. As for the research methodology, it is a bibliographical review of a quantitative nature, through a survey of production on the subject and sought possible reflections from the discussion and results obtained. In this study, it is highlighted that the fundamental rights are considered as defense rights, which at first had a symbolic character in which the State was subjected to the Law without any concern directed to social protection, where the economy was free, however it is a monopoly of production that benefited only one class, marking more and more a centralized and interventionist State. The protection of fundamental rights and guarantees are constitutionally ensured so that they do not suffer any kind of regression as to their effectiveness. Thus, the need for an analysis of the principle of the reserve of the possible must be done from the constitutional point of view, because the way the State conducts the fundamental rights represents its ideological and political form, certain that these rights mark the Democratic State of Law. Therefore, the principle of the Reserve of the Possible cannot be used for the violation of fundamental rights such as the right to health, the issue of resource allocation must be viewed with great caution, since, in most cases, resources are lacking because they were allocated for other purposes, thus dispensing with the order of priorities.

KEYWORDS: Fundamental right to health. Principle of proportionality. Principle of the reserve of the possible.

¹ Mestranda em Ciências da Educação pela ACU - Absolute Christian University. Especialista em Psicopedagogia pela-PITÁGORAS. Licenciatura em Pedagogia pela UEMA. Bacharel em Direito pela Universidade Ceuma. **E-mail:** lidiaferreira3005@gmail.com. **Currículo Lattes:** lattes.cnpq.br/5087409315863166

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 é considerada uma carta analítica. Isso significa que seu papel vai além de enunciar os direitos e deveres que o Estado deve observar, mas detalhar detalhes de todos os direitos que devem ser fundamentais para a vida da sociedade brasileira e estabelecer os caminhos que os legisladores devem seguir na interpretação e aplicação de suas normas (MELO, 2018).

Os direitos fundamentais são considerados como direitos de defesa, que a princípios tinham caráter simbólico em que o Estado estava submetido ao Direito sem qualquer preocupação direcionada como proteção social, onde a econômica era livre, no entanto trata-se de monopólio de produção que beneficiava somente uma classe, marcando cada vez mais um Estado centralizado e intervencionista (MOURA; PEDROSA, 2020).

Se uma violação de direitos é frequentemente usada para descrever uma injustiça, há uma grande discrepância na proteção legal de alguns desses direitos, os direitos sociais, tais como o direito à saúde ou o direito à moradia, como o direito à vida ou o direito à privacidade. Não seria um exagero dizer que as questões mais prementes que envolvem a proteção legal de direitos sociais ainda buscam por se fortalecer.

Nesse cenário, o direito à saúde que corresponde ao acesso à assistência médica e aos hospitais de forma universal e gratuita. Os institutos processuais e material que promovem o direito à saúde atuam para motivação do Estado para cumprir suas obrigações e em muitos casos, isso é feito de forma coercitiva pelo Poder Judiciário (DA SILVA, 2020).

As tutelas individuais ou coletivas quem tem por objetivo garantir direitos fundamentais e pleno acesso à saúde. No entanto, quando se trata das obrigações prestacionais do Estado, o princípio da reserva do possível é uma ideia muito difundida, principalmente na efetivação de direitos e garantias fundamentais, mas a questão de escassez de recursos para a saúde, aliados a

falta de estrutura e de políticas públicas adequadas para melhorar a qualidade do acesso a tratamentos médicos, fornecimento de medicamentos, falta de profissionais de saúde e equipamentos, podem ser fatores que dificultam a efetivação desse direito, levado essas questões para a intervenção do Poder Judiciário (BILIBIO; LONGO, 2021).

Assim, esse estudo se justifica pela falta de objetividade da temática, pois tanto a doutrina como a jurisprudência tratam do assunto ainda com certa dificuldade de uniformizar seus conceitos ou de padronizar a sua incidência nas relações jurídicas.

OBJETIVO

Analisar a efetivação do direito fundamental à saúde a luz do princípio da reserva do possível.

METODOLOGIA

Esta pesquisa utilizou a revisão bibliográfica como metodologia de pesquisa de caráter quantitativo, que objetiva fazer levantamento de produção referente ao tema e buscou possíveis reflexões a partir da discussão e resultados obtidos. A revisão bibliográfica é uma metodologia de pesquisa que fornece respostas a perguntas que surgem durante o estudo de um determinado assunto.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015) os direitos fundamentais têm o status de uma cláusula irrevogável, garantindo aplicação total e imediata para o acesso a saúde (art. 5º, §1º da Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Tais direitos têm a ver com a gestão do poder público e o papel do setor privado, portanto, até as empresas podem agir em desacordo com as garantias e direitos fundamentais (SOARES, et al. 2016).

No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição de 1988 estabeleceu como um direito universal, no qual ele deve ser oferecido sem distinção de raça, cor e condição econômica. O legislador atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS) o dever de prestar serviços de saúde à população, de realizar o controle e inspeção de procedimentos, produtos, equipamentos e medicamentos, bem como outros insumos relacionados à saúde (MACHADO, 2018).

Também instituiu como características do SUS a organização descentralizada, assistência integral, que deve ser uma prioridade nas atividades de prevenção de doenças. O serviço de saúde pública deve ser oferecido de forma regional e hierárquica, formado por um único sistema de saúde com a inserção da comunidade (NASCIMENTO, 2017).

A Constituição prevê um direito fundamental de acesso à saúde, entretanto, o Estado falha e não oferece um sistema universal. A universalidade do direito à saúde não se materializa, já que o sistema tem falhas, não supera a diversidade econômica, não alcança a justiça social, acaba favorecendo aqueles que podem ser atendidos por um plano privado (RAMOS, 2017).

Nesse mesmo sentido, os hospitais públicos carecem de recursos, ambulâncias, leitos e profissionais especializados, sem mencionar a falta de qualidade do serviço, ou a ausência de pediatras e médicos especializados, o que contribuiu para a fragmentação e individualização de serviços, em oposição ao princípio integral do SUS (DA COSTA, 2017).

Verificou-se que os hospitais das capitais brasileiras não possuem todos os equipamentos para procedimentos cirúrgicos e serviço especializado. Os Municípios menores não há infraestrutura básica, o que obriga os pacientes a se mudarem para outros municípios em busca de serviço médico, com o risco de morrer no caminho (SILVA; VITA, 2014).

Os primeiros litígios e os mais proeminentes - em termos de volume, de economia de impacto e atenção acadêmica - no Brasil, trata-se da saúde e do

acesso à saúde. Os argumentos legais do reclamante tendem a ter como premissa alguma combinação do direito à vida (art. 5), garantia geral de direitos sociais (art. 6), direito à saúde (art.196), e a obrigação do Estado de fornecer um sistema unificado de assistência médica (art. 198) delineado na Constituição, juntamente com a Lei 8.080 de 1990, o sistema de saúde público – Sistema Único de Saúde ou SUS (ALEXY, 2017)

Por vários anos após a promulgação da constituição de 1988, o judiciário não estava disposto a conceder reivindicações de direitos sociais. Essa reticência inicial é atribuível a dois fatores principais: o conservadorismo do judiciário sênior e de apelação e o profissional de normas do judiciário como um todo que impediam julgamentos transformadores na área de direitos sociais (ou qualquer outra área da lei) sem uma doutrina legal coerente que poderia ser usado para justificar a concessão de tais reivindicações (DA SILVA, 2020).

Dessa forma, a integralidade e a universalidade do SUS permanecem comprometidas desde os municípios que não têm a infraestrutura suficiente para promover a saúde sob a justificativa de reservar o possível, afetando principalmente aqueles que precisam das camas e unidades de serviço (MOURA; PEDROSA, 2020).

A reserva do possível é um dado de realidade, representando um limite jurídico para a aplicação prática do Direito e das diretrizes constitucionais, gozando de influência direta no tocante aos direitos fundamentais. Surgiu na Alemanha como matéria de razoabilidade na reserva de recursos, mas não como questão financeira da escassez de recursos, como alguns pensam (ROCHA, 2019).

Segundo Bilibio e Longo (2021), ganhou força em solo brasileiro a partir da década de 1990, quando o neoliberalismo passou a conduzir os Poderes Públicos nacionais. Conforme Nascimento (2017), o emprego da expressão “reserva do possível” tem como precedente histórico a decisão da Corte Constitucional alemã, em

caso conhecido como *numerus clausus*, no qual se discutiu o direito de acesso as vagas em universidades em determinado país.

No Brasil, os governantes são um tanto quanto relapsos nas suas obrigações prestacionais, descumprindo mandamentos constitucionais e gastando valores exorbitantes com outras formas de compromissos que não os direitos fundamentais. Por conseguinte, existe o perigo do uso acríptico da reserva do possível, posto que, nos países subdesenvolvidos, como o Brasil, a cláusula ora tratada só deve ser aplicada em situações extremas, a exemplo do direito à saúde, à educação, mas não de modo corriqueiro (MELO, 2018).

O mínimo existencial trabalha com a efetivação de direitos fundamentais considerados como mínimos para o alcance de uma vida digna, vincula a atividade estatal na execução de políticas públicas para a materialização do direito à saúde, segurança, moradia, educação, entre outros. Assim, o mínimo existencial é visto como um modelo de justiça social proposto pela Constituição Federal de 1988 (SILVA; VITA, 2014).

Por outro lado, a reserva do possível tem como pressuposto a limitação dos recursos do Estado que supostamente justifica a relativização dos direitos fundamentais para atender ao plano orçamentário do governo (DA SILVA, 2020).

É necessário reconhecer que a reserva a possível pode surgir como uma forma de desviando as obrigações dos gestores públicos na realização dos interesses privados e corrupção. Na hipótese em que foi detectada a violação de um direito fundamental e, exauridas as instâncias superiores, o Poder Judiciário ordenará a satisfação da lei, como, por exemplo, nos casos em que o SUS não tem vaga para tratamento intensivo.

O gerente público é obrigado a encaminhar o paciente a um hospital privado, uma vez que o direito à saúde tem aplicação imediata sob pena de perda do objeto, ou seja, a vida do paciente (SOARES, et al. 2016).

Da Costa (2017) argumenta que a administração governamental, assim como a implementação de

políticas públicas sociais, deve estar ligada à Constituição Federal, cujos objetivos são: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Propõe também a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, a teoria da reserva do possível torna-se incompatível com a realidade proposta pelo legislador. O Estado deve reajustar suas receitas e despesas para que parte de seu orçamento seja destinada à promoção dos direitos fundamentais (MACHADO, 2018).

Além disso, em casos de conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial, o Supremo Tribunal de Justiça reconhece que o déficit orçamentário não deve prevalecer em detrimento da dignidade humana. O tratamento da saúde é um direito imediato e não deve ser submetido ao pragmatismo do Estado (MOURA; PEDROSA, 2020).

A Magna Carta não estabelece o modo de aplicação, nem qual valor deve ser direcionado à realização de cada direito social, com exceção das áreas de saúde e educação. Assim, é lógico se afirmar que a Constituição Federal de 1988 deu tratamento prioritário aos direitos sociais fundamentais que, por sua vez, são objetivos primordiais pátrios. Se a distribuição de recursos não atende ao mínimo constitucional, restará certa a insuficiência de recursos e, neste caso, o uso do argumento da Reserva do Possível poderá ser utilizado, ainda que de maneira amena (ROCHA, 2019).

O Poder Judiciário não pode se abster de agir na tutela dos direitos fundamentais, sob pena de omissão. Portanto, não é uma afronta ao princípio de separação de poderes, já que o Estado tem o dever de oferecer a integralidade da assistência médica, individual ou coletivamente (ALEXY, 2017).

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015) o princípio da proporcionalidade, nesse contexto,

é aplicado para que a aplicação de recursos públicos e de políticas públicas sejam proporcionais para os fins a que se destinam. Assim, o orçamento público destinado à saúde e os resultados de sua aplicação atuam para permitir a efetividade do direito.

A questão da proporcionalidade como pressuposto quando se busca efetivar o direito da saúde, envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no que se refere à sua exigibilidade, principalmente para justificar a pretensão protetiva quanto a restrição de direitos (SOARES, et al. 2016).

A exigência de que a Administração Pública para tratar da saúde e as políticas que estabelecem garantias sanitárias em forma de prioridade do governo, reconhecendo a importância da prevenção uma vez que os recursos estão completos e que o Sistema Único de Saúde não tem o conjunto completo de especialistas para o tratamento e fornecimento de medicamentos pelo serviço público de saúde (MACHADO, 2018).

No entanto, a Reserva do Possível não pode ser utilizada pelo Poder Público como justificativa para erros de gestão social; as prioridades devem ser observadas e suas exigências mínimas respeitadas (DA COSTA, 2017).

Quando o Estado invoca a reserva do possível, deve-se examinar com prudência as razões da escassez de recursos e se essa escassez está dentro do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma, fica nítido que a reserva do possível não pode restringir absolutamente nenhum direito, pois se submete aos padrões impostos por esses dois princípios constitucionais (BILIBIO; LONGO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No rol dos direitos fundamentais, esta pesquisa focou nos principais aspectos dos direitos sociais que são uma forma do Brasil promover uma vasta gama de ações para o avanço e defesa dos direitos humanos, apesar de enfrentar enormes desigualdades sociais e econômicas.

Os direitos fundamentais, apesar de integrados a um sistema de normas e princípios constitucionais, estão submetidos à interferência dos Poderes Públicos, podendo sofrer limitações diretas em seu grau de abrangência.

Assim, o princípio da reserva do possível tem disso fundamentado com o argumento da 'exaustão orçamentária' e presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixam de fora do universo do possível a tutela de um determinado 'direito.' Portanto, ratificando-se o exposto anteriormente, antes de dispor de recursos para alocação, o Estado tem o dever de suprir os direitos essenciais dos cidadãos e, nesse contexto, cabe frisar a necessidade da atuação do Poder Judiciário a fim de garantir a efetividade das prestações sociais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed. Malheiros - 2ª Ed. 2017.
- BILIBIO, Rodrigo Antonio. LONGO, Marco Antonio Batistella. Mínimo existencial e reserva do possível nas demandas de saúde e as consequências para o princípio da igualdade. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 8, p. e46010817622, 2021.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988.
- DA COSTA, Gládevon José. **O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde**. 50f. João Monlevade, 2017.
- DA SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm. 2020.
- MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil. **Administrative Law Review**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, pg. 75-106, May/Aug. 2018.
- MELO, Amanda Caroline Mantovani. **A implementação do direito à saúde como fator de desenvolvimento humano e o princípio da reserva do possível**. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito). 2018.
- MOURA, E.A. da C. PEDROSA, M. Direito fundamental à saúde, reserva do possível e fornecimento de medicamentos: análise do julgado proferido no RE nº

566.471 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 13, n. 41, p. 241–261, 2020.

NASCIMENTO, Ana Franco do. Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível. **Revista Conjur**. Fevereiro, 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica do Unicuritiba**, v. 4, n. 49, p. 304-330. 2017.

ROCHA, Tatiany Caris da. **Princípio da reserva do possível e sua utilização para impedir a efetivação do direito fundamental à saúde**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

SARLET, Ingo. MARINONI **Curso de direito constitucional**, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Karina Zanin da. VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014.

SOARES, Leandra, et al. Reserva do possível e a efetivação do direito constitucional à saúde. **Revista Jus Navigandi**. Agosto. 2016.