

# A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE COMPARADA DAS RAZÕES DE DECIDIR DA 1ª E DA 7ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

**Professor orientador: Germano Schwartz**  
**Bolsista PIBIC/CNPq: Rafaela Lemos**

## INTRODUÇÃO:

A Constituição Federal de 1988, no art. 196, preceitua que a saúde é um direito de todos e dever do Estado e, seu art. 6º estabelece que a saúde é um direito fundamental social. Cumpre lembrar aqui que os direitos sociais são aqueles que exigem uma prestação positiva por parte do Estado na esfera econômica e social. Entretanto, o Poder Público argumenta que os recursos são escassos, o que impossibilita o cumprimento de tal obrigação. Contudo, importa referir que, muito embora todos os direitos fundamentais tenham custos públicos, os direitos de defesa (liberdade, propriedade) não tiveram sua efetivação impedida. Para alguns doutrinadores, a limitação de recursos compõe barreira fática à efetivação dos direitos sociais, pois há desproporção entre a necessidade da população e os recursos auferidos pelo Estado. Não obstante, outra parte da doutrina entende ser dever do Estado atuar a fim de efetivar o direito à saúde. Um dos obstáculos, para tanto, é a falta de vontade dos Poderes Públicos na implementação das políticas públicas sanitárias. Nesse sentido, a pesquisa analisou os critérios utilizados pelos magistrados gaúchos para solucionar esse entrave entre o direito à saúde e a escassez de recursos.

## REFERENCIAL TEÓRICO:

A teoria da reserva do possível surgiu na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência alemã no início dos anos 70 com a famosa decisão “numerus clausus” de vagas nas Universidades (FIGUEIREDO, 2007, p. 131) e, no entender de Canotilho (1991, p. 13), serve como limite a efetivação dos direitos sociais, uma vez que esses direitos dependem da existência de recursos financeiros.

Não obstante, Ingo Sarlet (2009, p. 354) ensina que todos os direitos possuem custos, inclusive os direitos de defesa. Nessa ótica, todos os direitos, e não apenas os de cunho prestacional, estariam subordinados a escassez de recursos. Com efeito, o autor defende que, uma vez que os recursos são escassos, há de se buscar um aperfeiçoamento da gestão do orçamento público, tanto na esfera legislativa como na administrativa.

Por sua vez, Gustavo Amaral (2001, p. 145-147) defende que algumas pretensões têm por objeto um direito cuja satisfação requer a disponibilização de meios materiais. Contudo, não se pode atender a todos da mesma forma. Destarte, no caso do direito à saúde, é necessário que haja um critério de seleção de pacientes a fim de se verificar quais terão suas necessidades atendidas. Logo, para Amaral, a escassez é inexorável, mesmo no que tange à saúde.

## METODOLOGIA:

A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, mediante a coleta de dados.

Giza-se que as análises foram feitas em acórdãos julgados pela 1ª e pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, no período de 22 de outubro de 2008 a 22 de outubro de 2009.

## OBJETIVOS:

**- OBJETIVO ESPECÍFICO:** Analisar o entendimento jurisprudencial da 1ª e da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da aplicação da teoria da reserva do possível como forma de restrição ao direito à saúde.

### - OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Verificar o valor dos medicamentos postulados e deferidos;
- Examinar se os medicamentos concedidos são apenas os fornecidos pelo SUS;
- Investigar os argumentos contrários e favoráveis a reserva do possível na saúde utilizados pelos magistrados das referidas Câmaras.

## RESULTADO OBTIDOS:

O exame dos acórdãos demonstrou que há divergência de posicionamento acerca da temática também na jurisprudência. Dos 100 acórdãos proferidos pela 1ª Câmara, NENHUM acolheu a tese da reserva do possível, enquanto que, das 41 decisões da 7ª Câmara, apenas 17 entenderam que o direito fundamental à saúde se sobrepõe a essa teoria. No que concerne ao valor dos medicamentos postulados, nas duas Câmaras, o valor varia muito. Importa referir, outrossim, que, para alguns julgadores, deve ser fornecido o fármaco prescrito pelo médico do paciente, ainda que não seja fornecido pelo SUS.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Quando o legislador constituinte elencou a saúde como direito fundamental social de todos os cidadãos brasileiros, seu objetivo era garantir a efetivação desse direito. Entretanto, o Poder Público, mediante sua omissão em efetivar esse direito, acaba por transferir essa função ao Judiciário. Isso ocorre porque o cidadão buscará tutela jurisdicional, e assim, sobrecarregará, ainda mais, o Judiciário. Nesse sentido, o entendimento da jurisprudência mostra-se importante. Destarte, a análise da jurisprudência das duas Câmaras do Tribunal gaúcho demonstrou que, assim como na doutrina, ainda há muita divergência de posicionamento acerca da temática. Tal discrepância de entendimento mostra-se ainda mais evidente na 7ª Câmara, onde os argumentos utilizados por alguns desembargadores a fim de acolher a reserva do possível foram rechaçados por outros julgadores da mesma Câmara. Essa disparidade demonstra que o grande problema dos direitos sociais é referente aos seus custos e o Judiciário, ao menos no período analisado, ainda não conseguiu chegar a um consenso à respeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para a sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LEIVAS, Paulo Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001.



rafa.lemos@yahoo.com.br



ULBRA