

## O PODER JUDICIÁRIO GAÚCHO E A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE<sup>1</sup>

Germano Schwartz<sup>2</sup>  
Rafaela Lemos Guilherme<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Estado da Arte; 2 Âmbito de abordagem do Artigo; 3 Por que a opção pela Justiça Estadual?; 4 Análise dos dados 4.1 Primeira Câmara; 4.2 Sétima Câmara; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar o entendimento jurisprudencial da 1ª e da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da teoria da reserva do possível no direito à saúde. A partir desse pressuposto, procura-se verificar se o Judiciário tem contribuído para a efetivação da saúde no Rio Grande do Sul, por intermédio de suas decisões. Para tanto, foram examinados acórdãos julgados por essas duas Câmaras no período de 22 de Outubro de 2008 a 22 de Outubro de 2009. A metodologia seguida foi a bibliográfica e documental, mediante a coleta de dados. Refira-se que os resultados demonstram que há divergência 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 à saúde se sobrepõe a essa teoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Custos dos direitos; decisões judiciais; direito à saúde; direitos sociais; reserva do possível.

---

<sup>1</sup> Artigo resultante de pesquisa financiada pelo CNPQ em sede de PIBIC na Universidade Luterana do Brasil. Originou-se do projeto de pesquisa intitulado "A Teoria do Direito Aplicada aos Direitos Fundamentais: do positivismo à auto-poiese do Direito", vinculado ao grupo de pesquisa CNPQ "Constitucionalismo e Direitos Fundamentais" e à linha de pesquisa "Direito do Estado e Direitos Fundamentais" do PPGD-ULBRA/Canoas.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral na Université Paris X – Nanterre (Centre de Theorie du Droit). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da ULBRA/Canoas - RS. Coordenador do Curso de Direito da ESADE – Laureate International Universities. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Pesquisador da UnP. E-mail: germano@razaoinfo.com.br

<sup>3</sup> Aluna do curso de Direito da ULBRA/Canoas – RS. Bolsista CNPq/PIBIC. E-mail: rafaela.lemos@hotmail.com

## ABSTRACT

The present article has for target to analyze the jurisprudential understanding of the 1st and 7th Civil Court Chamber in Rio Grande do Sul about the theory of the possible reserve concerning the right to health. From this assumption, it seeks to verify if the Judiciary has contributed to a good health program in Rio Grande do Sul, through of its decisions. To this end, we examined some lawsuits judged by these two Chambers in the period of October 22th, 2008 to October 22th, 2009. The methodology type used was taken from literature and documents, through data collection. It is noted that the results show that there is disagreement on the subject also in actual decisions of the referred cases. Of 100 judgments delivered by the 1st Chamber, none accepted the thesis of the possible reserve. Nonetheless, of the 41 decisions of the 7th Chamber, only 17 understood that the right to health overlaps the current theory.

**KEYWORDS:** Cost of rights; judgments; right to health; social rights; possible reserve.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no artigo 196, preceitua que a saúde é um direito de todos e dever do Estado e, seu artigo 6º estabelece que a saúde é um direito fundamental social<sup>4</sup>. Nesse sentido, oportuno reportar que, muito embora todos os direitos fundamentais tenham custos públicos<sup>5</sup>, os direitos de defesa (liberdade, propriedade) não tiveram sua efetivação impedida, conforme ensina Sarlet, a efetividade dos direitos negativos

[...] naquilo que depende da sua implementação jurisdicional não têm sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica.

---

<sup>4</sup> “[...] direitos fundamentais sociais são direitos a ações positivas fáticas. Não são, porém, quaisquer ações fáticas: são aquelas que, se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e, se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-las também de particulares.” LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p.88.

<sup>5</sup> A este respeito ver FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.135; SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

p.285; LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 173-193. p.176.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu "custo" assume especial relevância no âmbito da sua eficácia e efetivação [...] <sup>6</sup> Dessa forma, o presente artigo questiona se o Estado possui condições orçamentárias para cumprir com a norma constitucional que estipula que é seu o dever de prestar saúde aos cidadãos<sup>7</sup>. Para parte da doutrina<sup>8</sup> a limitação de recursos compõe uma barreira fática à efetivação dos direitos sociais, uma vez que há uma desproporção entre a necessidade da população e os recursos auferidos pelo Estado.

Destarte, os direitos não podem ser considerados absolutos<sup>9</sup>, pois são limitados pelo orçamento. Contudo, há também os que divergem<sup>10</sup> desse posicionamento. Para alguns doutrinadores<sup>11</sup> o nosso ordenamento jurídico estabeleceu que é dever do Estado desenvolver e promover políticas públicas como forma de efetivar o direito à saúde e, um dos maiores obstáculos à efetivação do direito à saúde é a falta de vontade dos Poderes Públicos em implementarem essas políticas.<sup>12</sup> Nessa ótica, caso a teoria da reserva do possível seja aceita, estar-se-ia beneficiando o Estado por não cumprir com o seu dever constitucional.

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 285.

<sup>7</sup> Importa destacar que o direito à saúde também se aplica a estrangeiros, conforme se pode observar na decisão proferida pelo TJRS que concedeu a um estrangeiro a inclusão do seu nome na lista de candidatos para transplante da Secretaria Estadual de Saúde, por apresentar insuficiência respiratória grave. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70027147818 Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Bernardo carvalho. Relator: Rogério Gesta Leal.)

<sup>8</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". p.178 e ss; LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". p. 173-193. p. 282.

<sup>9</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. p.103.

<sup>10</sup> Nesse sentido ver BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

<sup>11</sup> Veja PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas Públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. In: **Direito e Democracia**, Canoas, Vol.9, n. 1, p. 90-108, jan/jun de 2008. p.90-91 e SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, Vol.27, n. 83, p. 179-200, set. 2001, p. 181.

<sup>12</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 165.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

No que concerne à judicialização da saúde<sup>13</sup>, também não há pacificação de entendimento. Para Mariana Figueiredo<sup>14</sup>, a tomada de decisões ao que concerne à forma de aplicação dos recursos públicos é de competência do Poder Legislativo e, portanto, o seu exercício pelo Executivo e Judiciário configura uma violação ao princípio da separação dos Poderes, estabelecido no art.2º da Constituição. Com um posicionamento oposto ao de Mariana Figueiredo, Sarlet<sup>15</sup> defende que nas prestações de cunho emergencial, especialmente aquelas em que a sua negativa possa causar danos irreversíveis, como ocorre em casos relacionados à saúde, deve-se reconhecer um direito público subjetivo ao indivíduo, o que torna possível a sua demanda em juízo.

Como se pode perceber, o tema é polêmico, passível de diversos posicionamentos e, por isso, mostra-se relevante o estudo do entendimento jurisprudencial acerca da teoria da reserva do possível aplicada à saúde. Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar quais os critérios utilizados pelos magistrados gaúchos a fim de solucionar esse entrave entre o direito à saúde e a escassez de recursos.

As decisões selecionadas para análise foram prolatadas pela 1ª e 7ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no período de 22 de outubro de 2008 a 22 de outubro de 2009. Importa referir que a 1ª Câmara foi escolhida de forma aleatória e, devido ao fato de que todas as suas decisões mostraram-se contrárias ao argumento da reserva do possível, a fim de que se estabelecesse um contraponto, foi escolhida a 7ª Câmara Cível, uma vez que essa Câmara mostrou-se, em algumas de suas decisões, favorável ao argumento da escassez de recursos financeiros.

---

<sup>13</sup> A relevância dessa discussão pode ser comprovada com a realização da Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em 31 mar. 2010.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. p.145.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, Vol.3, n. 1, p. 83-104, jan/jun de 2002. p.98.

## 1 ESTADO DA ARTE

Muito tem se debatido na doutrina acerca da teoria da reserva do possível como forma de restrição aos direitos fundamentais sociais, em especial ao direito à saúde. Nesse sentido, o que se pretende neste artigo é verificar como os entendimentos doutrinários a respeito do tema vêm sendo tratados por duas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nessa linha de raciocínio, gize-se que a teoria da reserva do possível surgiu na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência alemã no início dos anos 70<sup>16</sup> com a famosa decisão "numerus clausus"<sup>17</sup> de vagas nas Universidades e, no entender de Canotilho<sup>18</sup>, serve como limite a efetivação dos direitos sociais, uma vez que estes direitos dependem da existência de recursos financeiros.

Por outro lado, Sarlet ensina que todos os direitos possuem custos, uma vez que "os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação."<sup>19</sup> 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 impor um limite para sua deliberação, ou seja, deve-se buscar um aperfeiçoamento da gestão do orçamento público, tanto na esfera legislativa como na administrativa.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. p.131.

<sup>17</sup> BverfGE nº33, 303 (333).

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 13.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 285.

<sup>20</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 354.

Por sua vez, Luciano Timm<sup>21</sup> entende que os recursos orçamentários são escassos, entretanto, as necessidades humanas são ilimitadas. Nesse sentido, destaca o referido autor que não se discute a essencialidade dos direitos sociais para a sociedade, contudo, não se pode esquecer o princípio da eficiência administrativa, princípio norteador da Administração Pública elencado no art. 37, da Constituição Federal, e segundo o qual os recursos financeiros devem ser empregados da forma mais eficiente possível, a fim de que se possa atender o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.

Na mesma linha de raciocínio de Luciano Timm, encontra-se Gustavo Amaral. O autor defende que algumas pretensões têm por objeto um direito cuja satisfação requer a disponibilização de meios materiais. Não obstante, devido à escassez dos recursos, 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.<sup>22</sup>

Com um posicionamento contrário ao de Timm e Amaral, Paulo Leivas sustenta que os direitos sociais demandam recursos para a sua execução. Esses recursos são limitados e exigem previsão em lei orçamentária. Entretanto, a competência conferida ao Executivo e ao Legislativo para propor e aprovar as leis orçamentárias não é absoluta, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade.<sup>23</sup>

Cumprir trazer à baila também o entendimento de Vicente Barreto. Segundo ele, a teoria da reserva do possível é uma das falácias utilizadas a fim de excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos fundamentais. Ademais, para este autor, todos os direitos fundamentais possuem custos e, portanto, a reserva do possível

---

<sup>21</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. p. 55-68. p. 56

<sup>22</sup> 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. p. 133-137.

<sup>23</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 99-100.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

seria um limite à efetivação tanto dos direitos civis e políticos, como dos direitos sociais.<sup>24</sup>

Pelo exposto, pode-se perceber que o entendimento da doutrina brasileira acerca do tema escassez de recursos como restrição aos direitos fundamentais sociais não é pacífico. Não obstante, a relevância da temática, bem como a sua dificuldade e complexidade, levou o Supremo Tribunal Federal a convocar uma Audiência Pública, a fim de unir diversos setores da sociedade e do Estado em buscar soluções para as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.<sup>25</sup>

Dessa Audiência resultou o acórdão julgado pelo Ministro Presidente do STF, Gilmar Mendes, na qual foi negado provimento ao agravo regimental interposto pela União contra a decisão do próprio Ministro Gilmar Mendes que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175. Manteve-se a decisão que concedeu o fornecimento de um tratamento orçado no valor de R\$ 52.000,00 por mês.<sup>26</sup>

Nesse contexto, a análise da jurisprudência acerca da temática mostra-se relevante, a fim de se verificar qual o entendimento dos magistrados gaúchos sobre a escassez de recursos no direito à saúde, bem como os critérios utilizados por eles na solução dos casos concretos.

---

<sup>24</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. p.121.

<sup>25</sup> AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE. Fala do Ministro Gilmar Mendes no discurso de abertura da Audiência Pública da Saúde promovida pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de abril de 2009. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf) > Acesso em 31 mai 2010.

<sup>26</sup> EMENTA: Suspensão de Segurança. 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. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> > Acesso em : 31 mai. 2010.)

## 2 ÂMBITO DE ABORDAGEM DO ARTIGO

A Constituição Federal estabelece que a República brasileira constitui-se em um Estado Democrático de Direito<sup>27</sup> destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais<sup>28</sup>. Ademais, destaca-se que a proteção aos direitos fundamentais é considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.<sup>29</sup> Nesse sentido, os direitos fundamentais servem não apenas como limitação ao poder estatal, mas também como um critério de legitimação desse poder.<sup>30</sup>

Refira-se que o direito à saúde é garantido em nossa Carta Magna que prevê em seu artigo 196 ser “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”. Entretanto, importa salientar que a saúde é um direito fundamental do homem, ou seja, é inerente ao ser humano, e não um direito conferido pela sociedade política, muito embora possa estar positivado, como ocorre no Brasil. Portanto, o dever da sociedade política é de apenas garantir que esses direitos sejam protegidos e efetivados.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Para Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito “[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência. [...] Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo a ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores.” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010. p. 98-99, grifo do autor.)

<sup>28</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]” Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p.99.

<sup>30</sup> SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 59.

<sup>31</sup> SCHWARTZ, Germano; RACTZ, Juliana. O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas. **Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas**. Ano VI – nº 9 – p. 155-172 Novembro 2006. p. 159

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Não obstante, o princípio da dignidade humana consiste em elemento fundante da República brasileira<sup>32</sup>, e, em vista disso, o ser humano é o limite e o fundamento do poder estatal. Por conseguinte, todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, deve ter como guia o respeito à dignidade humana<sup>33</sup>. Salienta-se que o ser humano tem a sua dignidade desprezada, não somente quando se vê privado de suas liberdades fundamentais, mas também quando não tem acesso à educação, saúde, moradia entre outros direitos sociais.<sup>34</sup>

Todavia, no Brasil, o Poder Público tem dificuldade (orçamentária) em cumprir com o seu dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, em especial no que tange aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais se pode destacar a saúde. Um dos argumentos mais utilizados pelo Estado é o da Reserva do Possível. Essa teoria prega que é dever estatal promover a efetivação dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito à saúde, porém, dentro dos limites impostos por um cenário de escassez<sup>35</sup>. Nesse contexto, a escassez dos recursos financeiros do Estado serviria como uma forma de restrição ao direito à saúde, bem como aos demais direitos fundamentais sociais.

No entanto, reporta-se que a saúde é tida como mínimo existencial, ou seja, é um direito a satisfação das necessidades básicas, garantindo a saúde e a autonomia humana<sup>36</sup>, conforme expõe Ingo Sarlet<sup>37</sup>

Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado em sentido amplo) encontra-se umbilicamente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

---

<sup>32</sup> Art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>33</sup> Nesse sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 94.

<sup>35</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. p. 131.

<sup>36</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. p. 135.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 323.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Nessa linha de raciocínio, a abstenção do Poder Público no cumprimento de seu dever de prestar assistência sanitária tem feito com que os indivíduos busquem a tutela do Poder Judiciário, até mesmo porque a Constituição veda, em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>38</sup>, que se exclua da apreciação do Judiciário toda lesão ou ameaça a direito. Por conseguinte, mostra-se relevante saber como os nossos tribunais têm entendido a teoria da reserva do possível.

Em vista disso, o presente artigo tem por objetivo verificar como a Justiça gaúcha tem contribuído para a concretização do direito à saúde. Para tanto, parte da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de averiguar o entendimento dos magistrados acerca do tema da reserva do possível no direito à saúde.

### **3 POR QUE A OPÇÃO PELA JUSTIÇA ESTADUAL?**

Muito embora seja constitucionalmente garantido<sup>39</sup>, o direito à saúde no Brasil encontra obstáculos à sua efetivação. Inicialmente, reporta-se à omissão do Poder Público em promover políticas que contribuam para que a norma que garante o direito à saúde do cidadão não fique apenas no plano da existência, mas que sua eficácia seja alcançada.

Ademais, cumpre gizar que o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, outrossim, impõem aos órgãos estatais a incumbência de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível, conforme salienta Sarlet

---

<sup>38</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

<sup>39</sup> Ver o Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público [...]

Nesse sentido, a omissão dos agentes públicos dificulta a efetivação dos direitos fundamentais sociais, dentre eles a saúde, fazendo surgir teorias que justifiquem a preterição do Estado em cumprir com seu dever de promoção de tais direitos. Uma dessas justificativas é a teoria da reserva do possível<sup>40</sup>. Assim, a (des)organização do Poder Público contribui para que o argumento da escassez de recursos financeiros justifique a não concretização dos direitos sociais.

Outro argumento utilizado é o que diz respeito à responsabilidade dos entes federativos em prestar saúde. Imprescindível aludir que quando a Constituição, em seu artigo 196, reporta que a saúde é um dever do Estado, ela se refere ao Estado gênero, ou seja, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, conforme estipulado no inciso II do art. 23 da Lei Maior<sup>41</sup>. Portanto, a competência estabelecida no referido artigo é a competência comum, ou seja, aquela que exprime que “a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência

---

<sup>40</sup> De acordo com Paulo Caliendo a “teoria da reserva do possível”(“Vorbehalt des Möglichen”) é entendida como um 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.” (CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. p.195-208. p. 200.)

<sup>41</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população.”<sup>42</sup>

Além disso, importa trazer à baila parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. No que concerne à solidariedade dos entes federativos na prestação da saúde, o Ministro salientou que “o fato de que o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.”<sup>43</sup> Outrossim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ratifica o entendimento de que a responsabilidade entre os entes estatais em prestar saúde à população é solidária, como pode-se verificar na ementa da decisão infra:

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.<sup>44</sup> (Grifo nosso)

---

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 273.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>> Acesso em: 31 mai. 2010.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: União. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente) Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade e solidária e saúde&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade+e+solidaria+e+saude&base=baseAcordaos)> Acesso em: 24 mai. 2010.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Por conseguinte, não resta alternativa ao cidadão, que sofre algum tipo de lesão, que não seja buscar tutela jurisdicional a fim de garantir a preservação de seu direito, conforme asseveram Leonardo e Luciana de Carvalho<sup>45</sup>

Com a previsão de que, como direito social, toda pessoa tem direito ao acesso a medicamentos, insumos, equipamentos e demais produtos necessários à preservação da saúde, as demandas judiciais, quando da obstaculização por parte das políticas deficitárias, passam a ser, aparentemente, um dos caminhos mais eficientes à concretização do direito à saúde.

Destarte, o Poder Judiciário passou a exercer um papel de destaque na concretização da saúde no Brasil, sendo-lhe atribuída a função de solucionar a questão de uma forma mais ativa do que os próprios gestores públicos. Por isso, a imprescindibilidade de se analisar o entendimento jurisprudencial acerca do tema, uma vez que mediante o seu exame pode-se verificar como tem se dado a efetivação do direito à saúde.

Não obstante, importa referir que, como a responsabilidade da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em prestar saúde à população é solidária, o cidadão tem a possibilidade de escolher contra qual ente federativo ajuizará a ação. Nesse sentido, como não há Justiça Federal em todos os municípios<sup>46</sup>, e é dela a competência de julgar as ações em que a União for parte<sup>47</sup>, a maioria das ações vão para a Justiça Estadual. Reporta-se que isso ocorre porque a Justiça Estadual possui competência residual, ou seja, tudo aquilo que não for de competência da Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral ou da Justiça Militar, compete à Justiça

---

<sup>45</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimino de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. In. **Revista da Defensoria Pública. São Paulo**, v. 2, ano1, n. 1, p. 235-253, jul/dez, 2008. p. 236.

<sup>46</sup> Refira-se que os juízes federais atuam nas Seções Judiciárias, localizadas nas capitais dos entes da Federação. Algumas vezes, há Varas Federais nas cidades mais importantes e populosas desses estados. Portanto, caso haja Varas Federais em outras cidades do estado, o cidadão deverá ingressar em juízo na Vara ou Seção que se encontra vinculado o município em que ocorreu a lesão ao seu direito.

<sup>47</sup> Ver art. 109, inciso I da Constituição Federal: "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho."

Estadual<sup>48</sup>. Logo, como a competência par julgar ações contra os estados e municípios não pertence a nenhuma das Justiças referidas anteriormente, compete à Justiça Estadual julgar e processar os casos em que um Estado ou seus Municípios forem parte. Assim, a Justiça Estadual é a mais acessada pelos cidadãos que buscam tutela jurisdicional nos casos que envolvem o direito à saúde.

Nesse sentido, o presente artigo optou por analisar as decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Contudo, importante referir que esta pesquisa faz parte de um projeto maior que, posteriormente, objetiva verificar a jurisprudência de outros tribunais.

## **4 ANÁLISE DOS DADOS**

### **4.1. Primeira Câmara**

Conforme referido anteriormente, foram coletados 100 acórdãos prolatados pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no período de 22 de outubro de 2008 a 22 de outubro de 2009. O resultado da análise dessas decisões demonstrou que todas concederam o medicamento ou tratamento postulado.

Em face disso, verifica-se, desde já, que nenhuma dessas decisões acolheu a tese da reserva do possível como forma de restrição ao direito fundamental à saúde. No entender dos desembargadores da 1ª Câmara, a referida teoria tem por objetivo esvaziar o artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Segundo esses julgadores, o artigo 196 da Lei Maior é claro quando afirma que o direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas. Sendo assim, o que existe é a garantia do direito à saúde, cabendo, portanto, ao Poder Público implementar políticas sociais e econômicas a fim de garanti-lo.

Nessa linha de raciocínio, o artigo que garante o direito à saúde consubstancia-se em norma programática. Contudo, os magistrados da 1ª Câmara salientam que, o

---

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. p. 244.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

fato de ser norma programática, não lhe confere o status de “promessa constitucional inconstitucional”. Tal entendimento depreende-se da decisão do STF proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 271.286-RS pelo Relator Ministro Celso de Mello que todos os acórdãos da referida Câmara, que foram analisados, citaram.<sup>49</sup>

Outra questão aventada é a que concerne à violação do Princípio da Independência dos Poderes, uma vez que o Estado alega que a interferência do Judiciário, no que tange ao direito à saúde, fere tal princípio. Entretanto, os desembargadores também refutaram esse argumento ao entenderem que

Ao garantir a quem precisa de *assistência à saúde*, como prevê o art. 196 da CF, seja pelo acesso aos medicamentos, seja pela cobertura do custo de exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, atos cirúrgicos, baixas hospitalares, etc., o Judiciário não invade competência de outro Poder. Também, ao invés do habitualmente alegado, não fere diversos outros dispositivos constitucionais, seja o art. 2º (independência dos poderes), seja art. 5º, *caput* (princípio da igualdade), seja do respectivo inc. II (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), seja do art. 167, II (despesas que excedem a previsão orçamentária), seja do respectivo VII (concessão ou utilização de créditos ilimitados), seja do art. 168 (destinação do duodécimo até o dia 20 de cada mês). A tudo se sobrepõe o direito à assistência à saúde, além de ser vedado excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Ademais, há lembrar o Estado Democrático e de Direito, com ênfase ao princípio da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º e III).<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> “A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 271.286-RS. Agravante: Município de Porto Alegre Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=INTERPRETAÇÃO e NORMA e PROGRAMÁTICA e TRANSFORMÁ e PROMESSA e CONSTITUCIONAL e INCONSEQÜENTE&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=INTERPRETAÇÃO+e+NORMA+e+PROGRAMÁTICA+e+TRANSFORMÁ+e+PROMESSA+e+CONSTITUCIONAL+e+INCONSEQÜENTE&base=baseAcordaos) > Acesso em: 31 mai 2010.)

<sup>50</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030131742 Apelante: Município de Pelotas Apelado: Fernandes Correa de Oliveira. Relator: Des. Irineu Mariani.

No que se refere à prova da moléstia e necessidade do medicamento postulado, as decisões optaram pelo entendimento de que, nesses casos, devido ao fato de que a demora na produção de provas pode acarretar danos irreversíveis, até mesmo o óbito, tem-se por suficientes exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, atestados médicos, entre outros. Ademais, os desembargadores se posicionaram a favor de que o fármaco prescrito pelo médico do paciente é o mais adequado e eficiente no caso específico e entenderam que a discussão acerca da possibilidade de substituição por genéricos não passa de mais um argumento protelatório utilizado pelo Estado.

Da análise dos acórdãos, pode-se constatar que o preço dos medicamentos postulados varia muito, conforme demonstra tabela abaixo:

Tabela 1 – Variação de preço dos medicamentos postulados na 1ª Câmara

<b>Medicamentos</b>	<b>Valor</b>
<b>Glivex 400 mg</b>	R\$ 8.426,00
<b>Interferon Beta 1-A</b>	R\$ 3.855,80
<b>Xolair</b>	R\$ 2.054,00
<b>Seroquel XRO 200 mg</b>	R\$ 499,77
<b>Spiriva</b>	R\$ 312,40
<b>Insulina Lantus</b>	R\$ 99,29
<b>AAS 100 mg</b>	R\$ 9,72
<b>Hidroclorítiazida</b>	R\$ 6,00
<b>Fenoterol</b>	R\$ 4,35

Contudo, refira-se que o valor dos medicamentos não influenciou a decisão dos julgadores da 1ª Câmara Cível, uma vez que tanto os de baixo, como os de alto custo, foram deferidos. Importa salientar, outrossim, que muitos dos fármacos postulados possuíam equivalentes nas farmácias de dispensação do SUS. Contudo, conforme outrora referido, os desembargadores entenderam que deveria ser

fornecido o remédio que, segundo o médico do paciente, é o mais adequado e eficiente ao caso específico, ainda que o medicamento não seja fornecido pelo SUS.

#### 4.2. Sétima Câmara

Da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram coletados e analisados 41 acórdãos julgados no período de 22 de outubro de 2008 a 22 de outubro de 2009. Contudo, diferentemente do resultado obtido com a análise das decisões da 1ª Câmara, onde todos os pedidos foram deferidos, na 7ª Câmara Cível apenas 17 dos 41 acórdãos rejeitaram a tese da reserva do possível, conforme demonstra o gráfico abaixo:

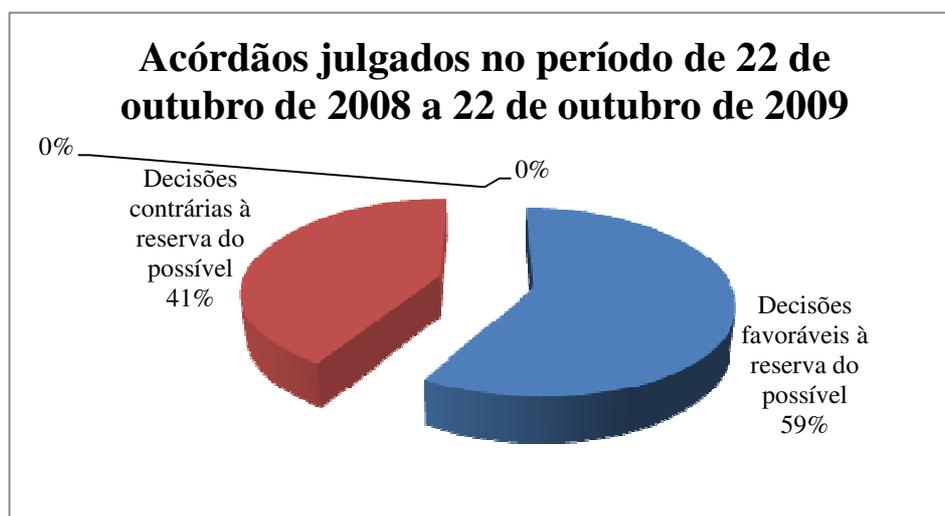


Figura 1 – Gráfico das decisões da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da reserva do possível no direito à saúde.

A análise demonstra a divergência de entendimento da 7ª Câmara acerca da reserva do possível. Para alguns desembargadores o direito à saúde previsto em nossa Constituição fica restrito às disponibilidades orçamentárias do Poder Público e

deve atender ao princípio da universalidade de atendimento, bem como garantir tratamento igualitário a todos. Em face disso, medicamentos de custo muito elevado ou que, tendo em vista que a doença não tem cura conhecida, visam apenas proporcionar melhores condições ao indivíduo, não devem ser fornecidos. O fundamento para o não fornecimento desses remédios é que isso acarretaria um desgaste dos recursos públicos, fazendo com que o Estado deixe de atender o pleito de pessoas que necessitam de medicamentos ou procedimentos médicos capazes de assegurar a cura e garantir o direito à vida.

Ainda no que concerne à reserva do possível, muitos julgadores da Câmara em comento defendem que

[...] o Estado (gênero), não é responsável por todo e qualquer serviço relativo à saúde, mas apenas por aqueles a que ele, por meio da legislação e normas administrativas, expressamente se obrigou, com base em opções políticas daqueles a quem cabe a elaboração, aprovação e execução das políticas orçamentárias (Poder Legislativo e Poder Executivo), a respeito das quais não cabe ao Judiciário se manifestar, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes, previsto pelo artigo 2º da CF. Sabidamente, é dever do Poder Judiciário analisar minuciosamente toda exigência que despenda recursos econômicos do Poder Público. O Poder Judiciário, diante da carência de recursos para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, os quais em sua maioria implicam em prestações positivas, deve procurar preservar, sempre que possível, a vontade do Administrador Público, sob pena de prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde, educação etc.<sup>51</sup>

Importa referir que, assim como na outra câmara analisada, os preços dos medicamentos postulados na 7ª Câmara Cível variam muito, como indica a tabela abaixo:

Tabela 2 – Variação de preço dos medicamentos postulados na 7ª Câmara

---

<sup>51</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. Apelação Cível nº 70023566813, Apelante: E.R.G.S. Apelado: L.T.C. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<b>Medicamentos</b>	<b>Valor</b>
<b>Rituximab</b>	R\$ 5.908,98
<b>Synagis</b>	R\$ 5.470,02
<b>Leite Pregomin hidrolisado protéico (10 latas ao mês)</b>	R\$ 1.590,00
<b>Olanzapina</b>	R\$ 612,71
<b>Prevenan</b>	R\$ 250,00
<b>Seretide spray</b>	R\$ 159,61
<b>Depakene</b>	R\$ 41,11
<b>Fenobarbital</b>	R\$ 33,44
<b>Bromidrato de fenoterol</b>	R\$ 3,28

Outro ponto relevante é que, diferentemente da 1ª Câmara, conforme alguns desembargadores da 7ª Câmara, as regras de distribuição de competências devem ser observadas, uma vez que visam descentralizar os serviços, proporcionando assim uma maior efetividade às políticas públicas. Nesse sentido, entendem esses julgadores que compete ao Município o fornecimento dos medicamentos de atenção básica (Portaria 2.475/06 do Ministério da Saúde, e Resolução 226/05 da CIB/RS), e ao Estado o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais (Portaria 2.577/06 do Ministério da Saúde, e Portaria 238/06 da SES/RS). Portanto, um ente não pode ser obrigado a fornecer um fármaco cujo fornecimento não é de sua competência. Na mesma linha de raciocínio, os remédios que não integram as listas do SUS não devem ser concedidos, uma vez que, se a parte optou por um tratamento diferenciado, de maior custo, deve arcar com o mesmo ou adequar o seu pedido observando as listas de fornecimento gratuito pelo Poder Público.

Ainda com relação à repartição de competências, no tocante à política de assistência médica da população (internações, intervenções cirúrgicas, fornecimento de insumos médicos, consultas médicas e outros), algumas das decisões analisadas compreendem que compete ao Estado prestar assistência médica à população apenas nos casos em que o Município não assumiu a gestão plena da assistência à saúde.

Não obstante, cumpre destacar, outrossim, que muitos dos acórdãos proferidos pela 7ª Câmara Cível optaram por não acolher a tese da reserva do possível como forma

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

de restrição ao direito à saúde. Compartilhando com o posicionamento predominante na 1ª Câmara Cível, alguns magistrados entendem que compete à União, aos Estados e aos Municípios zelar pelo direito fundamental à saúde, conforme estabelecido pelo art. 196 da nossa Carta Magna. Logo, para esses julgadores

A obrigação para o tratamento da saúde é tanto do Estado quanto do Município, ainda que fosse o tratamento fornecido pelo SUS, o qual o Estado (lato sensu) integra. A descentralização é característica deste Sistema (art. 198, I, da C.F.), tornando todos os entes responsáveis pela obrigação.<sup>52</sup>

Ademais, os desembargadores que refutam a aplicação da teoria da reserva do possível ao direito à saúde compreendem ser de aplicação imediata as normas definidoras de direitos fundamentais em consonância com o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>53</sup> Além disso, no entender desses julgadores, nada se sobressai aos direitos à vida e à saúde, nem mesmo a falta de previsão orçamentária.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Quando o legislador constituinte elencou a saúde como direito fundamental de todos, almejava garantir a efetivação desse direito. Entretanto, o Poder Executivo, 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 dessas duas Câmaras do Tribunal gaúcho demonstrou que, assim como na doutrina, ainda há muita divergência de posicionamento acerca da

<sup>52</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030239784 Apelado: MP Apelante: Estado do Rio Grande do Sul Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior.

<sup>53</sup> "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

temática. Tal discrepância de entendimento mostra-se 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 a respeito.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE. Fala do Ministro Gilmar Mendes no discurso de abertura da Audiência Pública da Saúde promovida pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de abril de 2009. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf) > Acesso em 31 mai 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 107-134.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: União. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade+e+solidaria+e+saude&base=baseAcordaos>> Acesso em: 24 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) Disponível em: <

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> > Acesso em: 31 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 271.286-RS. Agravante: Município de Porto Alegre Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=INTERPRETAÇÃO e NORMA e PROGRAMÁTICA e TRANSFORMÁ e PROMESSA e CONSTITUCIONAL e INCONSEQÜENTE&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=INTERPRETAÇÃO+e+NORMA+e+PROGRAMÁTICA+e+TRANSFORMÁ+e+PROMESSA+e+CONSTITUCIONAL+e+INCONSEQÜENTE&base=baseAcordaos) > Acesso em: 31 mai 2010

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 195-208.

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

CARVALHO, Leonardo Arquimino de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. In. **Revista da Defensoria Pública. São Paulo**, v. 2, ano1, n. 1, p. 235-253, jul/dez, 2008.

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

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

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 265-283.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 173-193.

PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas Públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. In: **Direito e Democracia**, Canoas, Vol.9, n. 1, p. 90-108, jan/jun de 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030131742 Apelante: Município de Pelotas Apelado: Fernandes Correa de Oliveira. Relator: Des. Irineu Mariani.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70027147818 Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Bernardo carvalho. Relator: Des.Rogério Gesta Leal.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030239784 Apelado: MP Apelante: Estado do Rio Grande do Sul Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. Apelação Cível nº 70023566813, Apelante: E.R.G.S. Apelado: L.T.C. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel.

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

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, Vol.3, n. 1, p. 83-104, jan/jun de 2002.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, Vol.27, n. 83, p. 179-200, set. 2001.

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

\_\_\_\_\_ ; RACTZ, Juliana. O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas. **Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas**. Ano VI – nº 9 – p. 155-172 Novembro 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 55-68.