**Revista Jurídica Consulex nº 370**
*Doutrina*

**Wanderlei José Dos Reis**
Juiz de Direito em Mato Grosso e Ex-Delegado de Polícia. Doutorando em Direito Constitucional. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio. Escritor, Professor, Palestrante, Conferencista e Doutrinador. Graduado em Matemática. Especialista em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em Direito Público Avançado e em Direito Processual Civil Avançado. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos. Membro da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Atua como Juiz da 1ª Vara Cível de Sorriso (MT).

[a-]  [A+]

15/6/2012

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO VITAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL**

De acordo com o apurado pelo Conselho Nacional de Justiça, em balanço realizado em nível nacional, tramitam hoje, na Justiça brasileira, 240.980 processos na área de saúde, então denominados “demandas judiciais da saúde”.

A situação é bastante preocupante e demanda pronta solução, já que tais processos referem-se às necessidades mais prementes de pacientes que não podem esperar na fila por atendimento e, tampouco, ficar à mercê da boa vontade da Administração Pública, sendo este, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, mais um conflito social que desagua no Poder Judiciário.

Na maioria das vezes, os demandados – Estado-membro ou Município – não se quedam à alegada necessidade da realização de procedimentos cirúrgicos, de disponibilização de vagas em hospitais públicos ou de fornecimento de medicamentos postulados judicialmente e sequer questionam sua responsabilidade pela prestação da saúde, limitando-se a evocar o princípio da reserva do possível para justificar sua omissão.

ANÁLISE DO TEMA

A situação que se dispõe a analisar, sem dúvida, gira em torno da obrigatoriedade, discricionariedade ou obrigatoriedade limitada da prestação da saúde por parte do Estado. Portanto, necessário se faz delinear o que representa a saúde na esfera jurídica.

A Lei Magna, em duas passagens, faz menção expressa à saúde como direito do cidadão:

**Art. 6º** **São direitos** **sociais** a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifos nossos.)

**Art. 196**. A **saúde** **é direito** de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal** e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifos nossos.)

De igual forma, o Texto Fundamental trata os serviços de saúde como sendo de relevância pública, ao estabelecer, no teor do art. 197: “*São de relevância pública as ações e serviços de saúde*, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (Grifo nosso.)

Com efeito, a saúde é um direito fundamental do indivíduo, a que Georg Jellinek denominou direito de prestação1, impondo ao Estado o dever de agir e torná-lo concreto. Nesta senda, segue a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] os direitos de prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma ‘igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política’. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.2

Quando o direito fundamental à saúde é cobrado judicialmente do Estado, não raramente o princípio da reserva do possível e a falta de recursos financeiros para suprir a prestação exigida são arguidos. De acordo com esta pretensão defensiva, a reserva do possível funciona como limitador das prestações estatais, já que possibilita condicionar a prestação positiva do Estado à disponibilidade de recursos públicos.

A reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão. Em decisão conhecida como *numerus clausus*, a Corte enfrentou demanda em que, por não terem sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, ante uma política governamental de limitação do número de vagas no ensino superior, estudantes pleiteavam o direito de cursar o ensino superior público, baseados no art. 12 da Lei Maior daquele Estado3, que assegurava a todos os alemães o direito de escolher livremente sua profissão. Ao decidir o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que a prestação positiva buscada encontrava-se sujeita à reserva do possível, “no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade”4.

Não obstante a leitura superficial do anúncio da Corte possa levar ao entendimento de que o Estado somente está obrigado a concretizar direitos fundamentais de prestação quando houver recursos públicos para viabilizá-los, uma leitura mais criteriosa da decisão levará à conclusão de que “A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação”.5

Com efeito, embora o Estado esteja obrigado a buscar os inúmeros fins que lhe são impostos pela Constituição e normas infraconstitucionais, fato inafastável é que a saúde é serviço público de primeira necessidade que deve sempre ter a preferência do administrador público.

É preciso ter em mente que o direito à saúde é, senão o principal, um dos direitos de prestação primordiais, consagrado pelo legislador constituinte, plenamente exercível contra o Estado. Por isso o art. 196 da Magna Carta traz tal direito como imposição ao Estado, que deve buscar medidas de potencialização da saúde pública por meio da prevenção de mazelas que atentem contra a saúde da população, o que deve ocorrer pela escolha de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde decorre do direito à vida e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não pode o Estado esconder-se atrás da alegação de impossibilidade de prestação da saúde ante a multiplicidade de objetivos que lhe são impostos, utilizando-se deste argumento como escudo em face da oposição por parte do cidadão de direito que lhe é constitucionalmente garantido.

Neste contexto, as decisões prolatadas pelo Judiciário que determinam que o Estado materialize a prestação de saúde pleiteada não molestam o princípio da separação dos Poderes nem invadem o mérito administrativo, por afigurar-se o direito serviço público preferencial e, portanto, atividade material do Estado, que está jungido a todos os princípios que regem a Administração Pública.

Nesse diapasão, os direitos de prestação devem ser oferecidos à população balizados pelo princípio da eficiência, estampado no *caput* do art. 37 da Magna Carta de 1988. Disto decorre que a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados ótimos, presteza e eficácia.

Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo asseveram: “Eficiência tem como corolário a boa qualidade. A partir da positivação deste princípio como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para cobrar a efetividade do exercício de direitos sociais como a educação, a saúde e outros, os quais têm que ser garantidos pelo Estado com qualidade ao menos satisfatória”.6

Assim sendo, a análise do Judiciário não incide sobre a oportunidade e conveniência da prática administrativa, mas sobre a legitimidade do pleito, motivo pelo qual lhe cabe declarar a nulidade de atos que, fugindo à razoabilidade, molestam o princípio da eficiência, ou, pelas mesmas razões jurídicas, determinar qualquer ação em prol da eficiência.

A atuação negativa do Poder Público, nestes casos, mostra-se flagrantemente ilegítima. A prestação da saúde é atividade vinculada do administrador público, e não discricionária, ou seja, não cabe a ele, baseado em critérios de conveniência e oportunidade, decidir pela satisfação ou não do direito à saúde de que necessita o administrado, haja vista que tal imposição decorre diretamente do texto constitucional, mormente em razão de tratar-se a saúde de direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais constituem-se no núcleo essencial da Constituição, sendo inegável que o direito à saúde é direito fundamental de prestação e, como tal, deve ser oferecido pelo Estado de maneira eficiente e satisfatória à demanda social.

Por ser direito fundamental, é norma constitucional de eficácia plena, que regula diretamente determinada situação. Ademias, todas as normas constitucionais são imperativas, devendo prevalecer o princípio da unidade.

Com isso, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser tido como absoluto ou criar óbice diante de uma circunstância concreta. A força normativa da Constituição, nos casos que envolvem o direito à saúde, impõe uma mudança ao meio social, no caso, aos Poderes constituídos responsáveis pela elaboração e execução de medidas públicas para prestação da saúde, que devem agir para que sua atuação se amolde aos ditames constitucionais, seja por meio de adequações orçamentárias, seja prevendo medidas inéditas, sem, contudo, aumentar a carga tributária já sufocante em nosso país.

Em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o mandamento judicial que compele o Poder Público à prestação material de saúde pleiteada pelo administrado mostra-se como o único remédio para as demandas judiciais da saúde, privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível, observados sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

[voltar] | [[topo]](http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=15018)

NOTAS

1 Apud ALEXY, R. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, passim.

2 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 257-259.

3 MÂNICA, F. B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p. 169-186, jul.-set. 2007.

4 BverfGE. Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, nº 33, S. 333.

5 MÂNICA, F. B. Loc. cit.

6 In: Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 111.