



ISSN 1980-7341

n. 10 (2013)

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Wanderlei José dos Reis¹

<wanderlei.jose@terra.com.br> escreveu:

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar, de forma sucinta, a questão constitucional e legal atinente à saúde pública no Brasil, relacionando-a com o princípio da reserva do possível.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Saúde pública; Reserva do possível.

ABSTRACT

This study aims to examine, briefly, as the constitutional and legal regard to public health in Brazil, relating it to the principle of reserve for.

Keywords: Judiciary Power; Public Health; Reserve can.

I- INTRODUÇÃO

No Brasil, de modo geral, hodiernamente, verifica-se um já vultoso, mas ainda crescente, movimento de judicialização da saúde, que nada mais é do que a obtenção de atendimento médico, medicamentoso e de procedimentos diagnósticos pela via judicial. Existe país afora, sobretudo nas Varas de Fazenda Pública, um número considerável de ações desse naipe, notadamente ações civis públicas e ações de obrigação de fazer ajuizadas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, a fim de fazer valer, através do Poder Judiciário, o direito à saúde que pertence ao indivíduo.

Um recente balanço concluído pelo CNJ constatou que tramitam hoje na Justiça brasileira 240.980 processos judiciais na área de saúde – as denominadas demandas judiciais da saúde –, sendo que a maior parte desses processos refere-se a reclamações de pessoas que buscam no Judiciário acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos e ações diversas movidas por

¹ Juiz de Direito em Mato Grosso, atua como Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Sorriso/MT. Recebeu inúmeros reconhecimentos sociais em nível regional e nacional pelos trabalhos desenvolvidos no âmbito da Justiça brasileira.



n. 10 (2013)

usuários de seguros e planos privados junto ao setor.

Muitas vezes, os demandados ± União, Estado-membro ou Município ± não se voltam contra a alegada necessidade da realização de procedimentos cirúrgicos, disponibilização de vagas em hospitais públicos ou fornecimento de medicamentos postulados judicialmente e, tampouco, questionam sua responsabilidade pela prestação da saúde, limitando-se a evocar o princípio da reserva do possível para justificar sua omissão, tentando infundir a ideia de que não é absoluto o direito à saúde e o ente federado não está obrigado a prestar o serviço posto em discussão judicial ante uma suposta impossibilidade econômica e financeira de atendê-lo.

Esse é o tema sobre o qual buscamos alinhar breves considerações.

II- ANÁLISE DO TEMA

A situação a 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 brasileira.

O texto constitucional trata da saúde nos arts. 196 a 200, sendo que em duas passagens faz menção expressa a ela 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.

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. (grifamos)

Assim, o art. 196, CR, assegura o acesso universal à saúde, opondo-se ao sistema anterior à Constituição, que estabelecia um sistema retributivo.

Da mesma forma, a Lei Magna trata no art. 197 dos serviços de saúde como sendo de relevância pública e no art. 198 apresenta as diretrizes do Sistema Único de Saúde,



n. 10 (2013)

dispositivo que, interpretado sistematicamente com as demais normas constitucionais, nos leva à conclusão de que o acesso integral à saúde ± cujos limites situam-se na própria Carta Política ± se condiciona ao necessário ingresso do paciente no sistema público (SUS) e, uma vez feita a regulação, deve ele receber do Estado todos os meios terapêuticos de que carece. Senão vejamos:

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. (grifamos)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo;

I - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - **participação da comunidade**.

(grifamos) [...]

Deveras, a saúde ± regida pelos princípios da universalidade, integralidade e participação da comunidade ± é um direito fundamental do indivíduo, da espécie que o jurista alemão Georg Jellinek (1993) convencionou chamar de direitos de prestação, que impõem ao Estado o dever de agir a fim de implementar uma utilidade concreta.

Neste sentido, tenha-se a seguinte lição do jurista Gilmar Ferreira Mendes:

Já 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
 GH HWEDHIFUXPD JLXDCDGH HIHWYDH VFOLGIUHDVU WRGRRV P HPEUR GD
 FRPXQLGDGHSRDPVLRGUHWRTXHVHUHDJDE SRULQWUPpGLBR(VWGR > @
 Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição ± o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência. (JELLINEK,1993)



n. 10 (2013)

Quando o direito fundamental à saúde é cobrado judicialmente do Estado, não raras vezes, este invoca em sua defesa a reserva do possível, afirmando não haver recursos financeiros suficientes para fornecer a prestação exigida.

De acordo com a pretensão defensiva do Estado, o princípio da reserva do possível funciona como um verdadeiro limitador das prestações estatais, já que regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que toca à efetivação de alguns direitos, como, *v.g.*, os sociais, condicionando a prestação positiva do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Nesse sentido, Mendes (2000), ao dissertar sobre direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas, traça os seguintes apontamentos:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financiamento possível ('Vorbehalt des finanziell Möglichen'). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre 'numerus clausus' de vagas nas Universidades ('numerus-clausus Entscheidung'), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à 'reserva do possível' ('Vorbehalt des Möglichen').

A reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão. Em decisão conhecida como "*numerus clausus*" (BverfGE n.º 33, S. 333) 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 Estado², 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 se encontrava sujeita à reserva do possível, "no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade" (MÂNICA, 2007).

Não obstante a leitura superficial do anúncio da Corte possa levar a um entendimento, *prima facie*, de que o Estado somente estará obrigado a concretizar direitos

2



n. 10 (2013)

fundamentais de prestação quando houver recursos públicos que viabilizem a prestação, tal como elucidado alhures, uma leitura mais criteriosa da decisão levará a 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 a sua efetivação. (MÂNICA.2007)

Com efeito, embora o Estado esteja obrigado a buscar inúmeros fins que lhe são impostos pelo texto constitucional e pelas leis infraconstitucionais, fato inafastável é que a saúde é serviço público de primeira necessidade que deve sempre ter a preferência do administrador público, procedendo, inclusive, quando necessário, ao remanejamento de recursos de rubricas que ostentem caráter não essencial.

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, em redação específica, o art. 196, da Magna Carta, traz a saúde como imposição ao Estado, que deve buscar medidas de potencialização por meio da prevenção de mazelas que atentem contra a saúde da população, o que deve ocorrer pela escolha de políticas públicas que visem a 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 é, como já ressaltado, direito fundamental consagrado ao indivíduo, decorrente do direito à vida, que tem como pano de fundo a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, ocupa papel central no Texto Fundamental por configurar o núcleo axiológico de toda a Constituição.

Dessa forma, em regra, não pode o Estado escudar-se na alegação de impossibilidade de prestação da saúde ante a multiplicidade de objetivos que lhe são impostos, utilizando-se deste argumento como barreira em face da oposição por parte do cidadão usuário do SUS de direito que lhe é garantido pela Constituição da República.

Neste contexto, as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário que determinam que o Estado materialize a prestação pleiteada pelo administrado não molestam o princípio da



n. 10 (2013)

separação dos Poderes, nem invadem o mérito administrativo como tem divulgado alguns.

Isso por que a saúde é serviço público preferencial, sendo, 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 art. 37, *caput*, da Magna Carta de 1988.

Disso decorre que a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados ótimos, presteza e eficácia. Nesse sentido, Alexandrino e Paulo (2002) 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.

Assim sendo, a análise do Judiciário não incide sobre a oportunidade e conveniência da prática administrativa, mas sobre sua legitimidade ou não, motivo por que cabe ao Poder Judiciário declarar a nulidade de atos que, fugindo à razoabilidade, molestem o princípio da eficiência, ou, pelas mesmas razões jurídicas, determinar que se faça ou deixe de fazer alguma coisa em prol da eficiência.

Ademais, 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 o direito em discussão tratar-se de direito fundamental.

III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

É 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.



n. 10 (2013)

Por ser direito fundamental, é norma constitucional de eficácia plena, que regula diretamente determinada situação.

Assim, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode prevalecer diante de uma circunstância concreta, mormente ante a força normativa da Constituição, que, nos casos que envolvem o direito à saúde, é apta a impor 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 fazendo adequações orçamentárias, seja prevendo medidas inéditas nessa seara.

Destarte, cremos que o mandamento judicial que compele o Poder Público à prestação material pleiteada pelo administrado nessa quadra se mostra como o único remédio para o caso da saúde enquanto tais adaptações não ocorrerem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

BverfGE: Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, n.º 33, S. 333.

JELLINEK, Georg *apud* ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível**: direitos fundamentais a prestações e a intervenção de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. *Revista Jurídica Virtual*, nº 14, Julho/2000. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.