



University of
Texas Libraries



e-revist@s



Centro Unversitário Santo Agostinho

revistafsa

www4.fsnet.com.br/revista

Rev. FSA, Teresina, v. 19, n. 8, art. 9, p. 188-212, ago. 2022

ISSN Impresso: 1806-6356 ISSN Eletrônico: 2317-2983

<http://dx.doi.org/10.12819/2022.19.8.9>

DOAJ DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

WZB
Wissenschaftszentrum Berlin
für Sozialforschung



A Desigualdade na Distribuição do Acesso à Saúde no Brasil: A Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Direito à Saúde e Sua Atribuição como Mínimo Existencial

Inequality in the distribution of access to health in Brazil: the inapplicability of the theory of the reserve of the possible in the right to health and its attribution as an existential minimum

Filipe Tavares de Oliveira Neves

Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória
Graduado em Direito pelo Centro Universitário Vila Velha
E-mail: tavares.neves@hotmail.com

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Pós-doutorado em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília
Docente pela Universidade do Rio de Janeiro / Pós-Graduação em Direito da FDV
E-mail: elda.cab@gmail.com

Endereço: Filipe Tavares de Oliveira Neves
Faculdade de Direito de Vitória. R. Juiz Alexandre
Martins de Castro Filho, 215 - Santa Lucia, Vitória - ES,
29056-295, Brasil.

Endereço: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Faculdade de Direito de Vitória. R. Juiz Alexandre
Martins de Castro Filho, 215 - Santa Lucia, Vitória - ES,
29056-295, Brasil.

**Editor-Chefe: Dr. Tonny Kerley de Alencar
Rodrigues**

**Artigo recebido em 02/05/2022. Última versão
recebida em 17/05/2022. Aprovado em 18/05/2022.**

**Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review
pelo Editor-Chefe; e b) Double Blind Review
(avaliação cega por dois avaliadores da área).**

Revisão: Gramatical, Normativa e de Formatação



RESUMO

O Direito à Saúde é parte fundamental do direito à vida e um dever do Estado em face à Constituição Federal. Contudo, tem-se invocado a teoria da reserva do possível para estear a escassez de recursos na área da saúde sob a alegação de afronta ao princípio da separação dos poderes, à repartição de competências e aos repasses orçamentários. O presente artigo trará uma reflexão sobre a invocação dessa teoria e a sua relação com o investimento constitucional mínimo e a necessidade da intervenção do Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais diante das ingerências da Administração Pública. Para a formalização deste estudo, foram utilizados os métodos hipotético-dedutivo e o hermenêutico por meio da pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Teoria da Reserva do Possível. Investimento Constitucional Mínimo.

ABSTRACT

The Right to Health is a fundamental part of the right to life and a duty of the State in the face of the Federal Constitution, however, the theory of reserve of the possible has been invoked to support the scarcity of resources in the health area under the allegation of an affront to the principle of separation of powers, the division of powers and budget transfers. This article will reflect on the invocation of this theory and its relationship with the minimum constitutional investment and the need for the intervention of the Judiciary for the realization of fundamental rights in the face of interference by the Public Administration. For the formalization of this study, the hypothetical-deductive and the hermeneutic method were used through the jurisprudential research of the Federal Supreme Court and the bibliographic review.

Keywords: Right to Health. Theory of Reserve of the Possible. Minimum Constitutional Investment.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de todos assegurado na Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 196, o qual dispõe que “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 a promoção, proteção e recuperação”.

É um direito constitucionalmente tutelado que não pode ser convertido em promessa institucional passível de descumprimento do Poder Público, cuja responsabilidade é comum, cada qual no seu âmbito administrativo, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com base no artigo 23, inciso II, da Carta Magna, uma vez que deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Logo, todos os entes públicos possuem o dever de zelar pela adequada e igualitária oferta de assistência à saúde a todos os cidadãos brasileiros.

De fato, o direito à saúde (mais especificamente) gera custos financeiros e sociais ao Poder Público no tocante à manutenção, melhoria, implementação e o desenvolvimento de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Entrementes, o direito social à saúde, alçado ao posto de direito fundamental, e inobstante a regra contida no artigo 6.º também da Constituição Federal, esbarra na escassez de recursos, no desvio de verbas voltadas para políticas públicas sociais, no interesse partidário e nas escolhas de outras prioridades do Ente Público.

Mesmo o direito à saúde pressupondo o próprio exercício do direito à vida, o Estado, ao não cumprir com as determinações constitucionais, utiliza a falta de recursos financeiros e invoca para si a teoria da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial, como forma de justificar a falta de efetividade das políticas públicas sociais, cujo debate se prolonga desde a promulgação da Constituição Federal.

Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário constantemente vem sendo provocado como salvaguarda da concretização do direito (fundamental social) à saúde, o que gera um demasiado crescimento de demandas judiciais num período em que muito se discute a desjudicialização do Judiciário no Brasil.

Essa realidade social que assola lamentavelmente o Brasil será o norte do presente artigo, cujo conteúdo trará uma discussão acerca da relação entre o real custo dos direitos fundamentais, precisamente no tocante ao direito à saúde, e às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Postas tais premissas, cumpre destacar que esse processo de judicialização, o qual tem se mostrado inevitável diante da ineficácia estatal, faz surgirem alguns questionamentos pertinentes que serão, ao seu devido tempo, discutidos e analisados no presente estudo: a) A teoria da reserva do possível pode prevalecer em detrimento do direito fundamental à saúde?; e b) A intervenção do Poder Judiciário nas decisões dos Entes Públicos, no tocante ao direito à saúde, afronta o princípio da separação dos poderes?

Para isso, este estudo, na pretensão de encontrar as devidas respostas e garantir um debate que leve à efetivação do direito à saúde como ápice da dignidade do cidadão brasileiro, adotará os métodos hipotético-dedutivo e o hermenêutico, a partir de uma revisão bibliográfica e de um levantamento de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a fim de delinear a relação da designada “reserva do possível” e o chamado “mínimo existencial”, na condição de critérios materiais que possam assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais voltados à saúde.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Direito à saúde: um direito fundamental para todos

O conceito de saúde foi se modificando ao longo da história da humanidade, de acordo com os aspectos sociais, políticos e filosóficos de cada época. Hipócrates, filósofo grego do século IV a.C., acreditava que uma doença poderia ser curada se um médico entendesse adequadamente a influência e os aspectos de uma cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde. Já o médico e alquimista suíço-alemão Paracelso, entendia que a saúde estava relacionada com as leis da física e com os fenômenos biológicos sobre o organismo humano. Descartes, ao tratar sobre o estudo da medicina na sua obra *Discurso sobre o Método*, de 1637, relacionou o corpo humano a uma máquina que necessita habitualmente de reparos especializados, ao ponto de conceituar saúde como uma ausência de doenças.

A saúde como ausência de doença é um conceito que ainda veio a se perdurar no século XX, muito em razão da incidência de doenças graves como a tuberculose, visto que a compreensão de saúde estava diretamente relacionada às variáveis ligadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia.

Entretanto, com o encadeamento das Grandes Guerras Mundiais e suas severas consequências nos campos sociais, políticos e principalmente econômicos, a sociedade da época se viu necessitada de um verdadeiro amparo, o qual foi personificado pela Organização das Nações Unidas que, ao elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

reconheceu a saúde como direito humano e objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS), cujo preâmbulo de sua Constituição versa que “*Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*”.

Sob esse contexto e tendo a Constituição Federal de 1988 como guia referencial deste artigo, a saúde, como para a maioria absoluta das pessoas, é também para o Direito um bem fundamental assegurado mediante direitos, garantias e deveres fundamentais, indispensável para uma existência digna da pessoa humana.

José Afonso da Silva, ao trabalhar o conceito de direitos fundamentais, traz que:

No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹

Dessa maneira, os direitos fundamentais são aqueles que são imprescindíveis para a garantia da vida ou sobrevivência humana, sem os quais ele sucumbe. E no tocante às políticas públicas voltadas à saúde no Brasil, Tatiana Wargas de Faria discorre que:

Os Estados de Bem-Estar consistem em uma política sustentada e pactuada entre a área econômica e a área social com o objetivo de garantir o bem-estar da população e manter a produção econômica. Os pilares dessa política eram: o pleno emprego, a provisão pública de serviços sociais universais – como saúde, educação, saneamento, habitação, lazer, transporte etc. e a assistência social para aqueles não incluídos no sistema produtivo.²

O bem-estar da população, portanto, deve ser garantido por meio de uma série de atos que o Estado é obrigado a praticar, os quais vão desde a edição de leis à instalação de serviços voltados para a concessão dos direitos à saúde, especificamente.

Posto isso, perquirindo toda a extensão da Constituição Federal de 1988, no tocante ao direito à saúde, tem-se que o seu artigo 6º impõe que a saúde é um direito social.

Sobre direitos sociais, Paulo Bonavides esclarece que:

Os direitos sociais são nomeadamente os direitos à segurança social, ao trabalho, ao salário condigno, à assistência social, à liberdade sindical, às condições humanas, justas e saudáveis de trabalho, à formação profissional, à proteção da maternidade, da infância e da família, à subsistência, aos vestuários, à habitação, à educação e aos bens culturais.³

¹ SILVA, José Afonso da. 2005, p. 178.

² BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. 2007, p. 39.

³ BONAVIDES, Paulo. 1996, p. 183.

Maria Paula Dallari Bucci assevera que “[...] os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a mobilizar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”⁴. Por isso prepondera sobre os direitos sociais a ideia de direitos materiais, de modo a ter que materializá-los, como por exemplo, a segurança social com a assistência à saúde, a habitação com o fornecimento de moradias e a educação com o fornecimento do serviço de educação, razão pela qual se exige do Estado uma série de atos com o objetivo de materializar esses bens a favor do indivíduo.

Após o pequeno adendo necessário acerca dos direitos sociais, cumpre continuar com o delineamento da Constituição Federal, cujo artigo 7º possui dois incisos que tratam da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deva atender as necessidades básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o XXII, que determina a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Já pelo artigo 23, inciso II, repisa-se, restou determinado que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. O artigo 24, inciso XII, por outro lado, versa que a competência será concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para tratar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde.

Contudo, cumpre destacar que, com base no artigo 30, incisos I e VII, é competência também dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e prestar serviços de atendimento à saúde da população, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Ressaltando que a União, com base no artigo 34, inciso VII, “e”, intervirá em caráter excepcional, nos Estados e no Distrito Federal quando houver necessidade de aplicação do mínimo exigido da receita de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. E, por sua vez, de acordo com o artigo 35, III, também em caráter de exceção, tanto a União e os Estados somente poderão intervir nos Municípios localizados em Território Federal quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Assevera-se, também, conforme artigo 167, IV, a vedação da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. 2006, p. 3.

impostos a que se referem os arts. 158 e 159 e a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, entre outros.

Outro aspecto importante a ser destacado refere-se à preocupação do legislador constituinte em reservar uma seção específica na Constituição Federal para tratar minuciosamente sobre a saúde, conforme artigo 196 (já transcrito alhures) e seguintes. O artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo ainda sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Entretanto, atribui ao Ministério Público, consoante termos do inciso II do artigo 129, a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública, executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Veja que o legislador denotou uma verdadeira preocupação em dar efetividade ao direito à saúde como direito fundamental inerente a todo cidadão, visando à dignidade da pessoa humana, já que o considera expressamente como um serviço de relevância pública. Nesse sentido, nos artigos 198 e 200 da Constituição Federal foi formulada a estrutura geral do Sistema Único de Saúde e enumeradas exaustivamente as suas respectivas atribuições. No artigo 208, inciso VII, incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar o atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica. No artigo 220, § 3º, inciso II, restou prevista a possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Por fim, o artigo 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde, de modo que, com base no § 1º, inciso I, o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas com a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil.

O fato é que, como pôde ser observado pelas regras contidas na Constituição Federal, o titular do direito fundamental à saúde objetiva a satisfação desse bem sob a assertiva de que o tem como direito subjetivo, o qual lhe é garantido a ponto de o Estado ser obrigado a fornecê-lo na medida das suas necessidades. Ocorre, contudo, que o Estado tem sustentado que esse direito fundamental está delimitado por sua capacidade orçamentária e financeira, denominada Reserva do Possível, mesmo diante da obrigação do investimento mínimo constitucional.

Essa problemática entre um direito garantido por norma constitucional e a atuação do Ente Estatal, embasado por uma pseudolimitação orçamentária, gera incertezas e instabilidades sociais, principalmente para o cidadão titular do direito à saúde, a ponto de desencadear o conhecido fenômeno jurídico da judicialização da saúde ou das políticas públicas, uma vez que todas essas normas possuem eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em cheque a efetivação do direito à saúde, o qual está respaldado pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, contudo, sem ultrapassar determinados limites, uma vez que numa democracia não há direitos absolutos.

Esses limites levam ao debate os operadores do Direito acerca de possível violação do princípio da separação dos poderes e da legitimidade do Poder Judiciário para solucionar as celeumas que envolvem políticas públicas. Isso porque tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo defendem a ideia de que não cabe ao Poder Judiciário intervir nas questões de políticas públicas, uma vez que essas estão submetidas ao chamado mérito administrativo, cuja conveniência e oportunidade são prerrogativas dos dois primeiros poderes.

2.1 A atribuição do direito à saúde como mínimo existencial

Como se pode observar, o direito à saúde é identificado como um direito social que foi erigido à condição de direito fundamental a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e como direito social é exigido do Estado um posicionamento mais ativo, conforme elucidada Norberto Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido em novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. [...] Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências dos direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes instituídos – apenas duas: ou impedir

os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração podem existir direitos tanto de uma quando de outras espécies.⁵

Ademais, resta nítido que a regra contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, impõe que os direitos fundamentais podem ser invocados imediatamente e, por consequente, gerando efeitos também imediatos, ainda que não haja lei específica tratando sobre o direito em questão, sob pena de subverter o próprio ordenamento jurídico, posto, caso contrário, poderia se afirmar que o cidadão brasileiro não possuiria o direito à integralidade da dignidade da pessoa humana.

Nesse prisma, José Joaquim Gomes Canotilho defende que “o Estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito de direitos sociais”⁶, especificamente ao direito à saúde, o qual faz parte do chamado mínimo existencial, ou seja, um conjunto de condições materiais que garantem uma sobrevivência digna ao ser humano.

O direito à saúde, como aspecto determinante do direito à vida, já é considerado pelo Poder Judiciário como condição de mínimo existencial, o que se verifica pelo julgamento do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no ARE 639.337-AgR, cujo trecho assevera que :

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).⁷

No citado Acórdão, o Ministro Celso de Mello ainda destacou sobre as escolhas trágicas do Estado no tocante às prioridades das políticas públicas, em face da alegada insuficiência financeira e orçamentária, ao elucidar que:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas

⁵ BOBBIO, Norberto. 2004.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 342.

⁷ STF, 2011.

trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.⁸

Nessa linha de raciocínio, Maurício Caldas Lopes assevera que “o direito à vida, pressuposto do valor fundamentador da dignidade da pessoa, é garantido pelo conteúdo mínimo do direito à saúde”⁹.

De igual forma é o posicionamento da ONU, no tocante ao dever do Estado em conferir uma real efetividade no exercício das políticas públicas, especificamente no direito à saúde, conforme foi delineado nos itens 5 e 6 da Declaração e Programa de Ação de Viena, decorrente da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, pela qual ficou estabelecido que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.¹⁰

Assim, os Estados, inobstante ser na esfera local ou internacional, bem como os organismos internacionais e o próprio Poder Constituinte, estão claramente impedidos juridicamente de suprimir direitos fundamentais.

Ora, é inquestionável a total relevância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana, daí se extrai sua fundamentalidade em sentido material como um bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet vai mais além: ele entende que o direito à saúde não é apenas fundamental, mas se trata na verdade de um direito fundamentalíssimo, ao expor que

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal

⁸ STF, 2011.

⁹ LOPES, Maurício Caldas. 2010, p. 76

¹⁰ ONU. 1993.

como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.¹¹

Por isso a vinculação dos direitos fundamentais sociais com o que passou a ser designado de uma garantia de um mínimo existencial como mecanismo indispensável para uma existência digna. Nesse passo, Edinilson Donisete Machado Luiz e Henrique Martin Herrera conceituam o mínimo existencial como “um conjunto de direitos básicos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais, e, por terem efetividade imediata, deveriam ser sempre garantidos pelo poder público, independentemente de recursos orçamentários (obstáculo financeiro relativizado)”¹². Sob pena de estar em retrocesso social, pelas premissas acima, portanto, o direito fundamental à saúde, compreendido no núcleo do mínimo existencial, não pode ser suprimido, pois, caso contrário, contrariaria o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, ante o conjunto de direitos fundamentais vigentes.

Entrementes, importante trazer ao cerne do estudo que, ao atribuir o direito fundamental social à saúde no núcleo do mínimo existencial, não se está reduzindo a dignidade da pessoa humana a uma vida de mera sobrevivência física, pelo contrário, aqui se está enaltecendo o caráter primordial da saúde como corolário do direito à vida.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, nesse sentido, asseveram que

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.¹³

Portanto, fala-se em dignidade da pessoa humana somente quando está assegurada uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da personalidade. O mínimo existencial não pode ser confundido com o chamado mínimo vital ou mínimo para sobrevivência, mas tão apenas à garantia de uma vida com certa qualidade.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2007, p. 3.

¹² MACHADO, Edinilson Donisete. HERRERA, Luiz Henrique Martim. 2010.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 180.

E os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, ao analisarem o mínimo existencial sob o prisma fisiológico e sociocultural, evidenciam uma preocupação que necessita ser posta em relevo, pois

É preciso frisar, por outro lado, que também no que diz com o conteúdo do assim designado mínimo existencial, bem como no concernente à sua proteção e implementação, existe uma gama variada de posicionamentos a respeito das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara, de tal sorte que essa temática aqui não será especificamente examinada. De outra parte, mesmo que não se possa adentrar em detalhes o exame do tópico, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável. Assim a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de mera sobrevivência física). De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente – mas não exclusivamente – no caso da educação fundamental) haverá de estar sempre incluídas no mínimo existencial como, de resto, já vinha também sustentando importante doutrina nacional, mesmo em se tratando de autores que assumem uma preferência por uma fundamentação de cunho mais liberal.¹⁴

Resta evidente que o direito à saúde, como direito fundamental social e parte integrante do núcleo do mínimo existencial, é incomensurável e ele só se limita pelo que for necessário para a garantia de uma vida digna à pessoa. Entrementes, não se pode deixar de considerar uma das principais objeções esgrimidas em matéria de concretização dos direitos sociais, qual seja, sua dimensão econômica como meio de sua real e devida efetivação, pelo simples fato de estar atrelada sempre à disponibilidade financeira e à capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-la. Por isso, há quem sustente que a relação entre os direitos fundamentais e o mínimo existencial encontra-se condicionada pela designada “reserva do possível”, a qual, por consequência, está vinculada às competências constitucionais, ao princípio da separação dos Poderes, à reserva de lei orçamentária e ao princípio federativo.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 183/184.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 A reserva do possível e sua extensão no direito à saúde

Condicionada a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis, a teoria ou o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação do Poder Público no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde.

Contudo, cumpre destacar que a teoria da reserva do possível não atrela diretamente a disponibilidade dos recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais, mas tão somente regula, frente à razoabilidade, a atuação do Estado para aquilo que a sociedade exige. Ou seja, os direitos já previstos somente podem ser garantidos quando houver recursos públicos.

A teoria da reserva do possível tem sua origem no ordenamento jurídico alemão quando o Tribunal Constitucional Federal daquele país, em meados de 1970, ao apreciar um caso judicial envolvendo duas universidades, inspirou-se na expressão “Limite do Orçamento” para exarar sua decisão que ficou conhecida como *Numerus Clausus* – BverfGE n. 33, S. 333.

Sobre o emblemático caso, Fernando Borges Mânica explica que:

[...] A Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão.¹⁵

A reserva do financeiramente possível tem sido invocada para externar possível insuficiência de recursos para justificar suposta impossibilidade de cumprimento estatal na efetivação e no fornecimento de serviços públicos, especialmente, os que são voltados à saúde. Entrementes, não pode a designada reserva do possível ser instrumento limitador da eficácia dos direitos e muito menos ser mecanismo de fraude ou até mesmo de desvio de verbas públicas que em tese deveriam ser destinadas às políticas públicas sociais.

Seguindo esse entendimento, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ainda no tocante ao seu voto no ARE 639.337-AgR, asseverou que:

¹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. 2011, p. 9.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.¹⁶

O fato é que a limitação dos recursos que está localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares sintetizadas no orçamento público vem se constituindo como um limite fático à efetivação dos direitos fundamentais sociais, especificamente o direito à saúde. Nesse esteio, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo ponderam que

Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.¹⁷

Posta tal ponderação, cumpre destacar, portanto, que a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) está atrelada à efetiva disponibilidade fática e jurídica de recursos materiais e humanos para a efetivação dos direitos fundamentais e à proporcionalidade, exigibilidade e razoabilidade da prestação.

É claro que a reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, todavia, cabe destacar que, muito embora venha sendo utilizada como instrumento limitador fático e jurídico da efetivação de tais direitos, ela também pode atuar como uma garantia dos próprios direitos fundamentais quando houver, por exemplo, um conflito de direitos ou a invocação de indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental, desde que observados os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. E, neste ponto, “[...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”¹⁸.

Tais ponderações levantam uma preocupação no tocante à necessidade de se ter uma maior responsabilidade do Poder Público, atrelado aos princípios da moralidade e eficiência, quanto à distribuição e disponibilidade de recursos para a efetivação devida e legal dos

¹⁶ STF, 2011.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 189.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1982, p. 369

direitos fundamentais, ao ponto de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo ponderarem que

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.¹⁹

Por conseguinte, os autores, no tocante à atuação do Poder Judiciário diante da problemática da utilização da reserva do possível no direito à saúde, asseveram que

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez. Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.²⁰

A reserva do possível tem sido, portanto, utilizada ou invocada como um argumento contestatório do Estado quando ele é chamado a efetivar o direito fundamental à saúde, o que não pode ou poderia ocorrer. É dever de o Ente Público prover as necessidades sociais e garantir o mínimo existencial, não se abrindo espaço para aplicação da teoria da reserva do possível em detrimento dos direitos fundamentais, sob flagrante violação à norma constitucional e aos princípios ali estatuídos.

O cidadão não pode ser penalizado por erros de administração e má aplicação de recursos públicos, ainda mais se tratando do direito à saúde; portanto, é justa e legítima a intervenção do Poder Judiciário para conceder medidas (tratamento médico-hospitalar, tais como medicamentos, cirurgias, internações etc.) visando à tutela do direito à saúde. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem adotado posicionamento firme a fim de garantir o mínimo existencial, o que também pode ser observado em trecho do voto do Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário n. 775.133/SP, ao passo que “[...] apesar do caráter

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 190.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 190/191.

meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos”²¹.

Por ser o “guardião” das normas constitucionais, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido imprescindível na defesa e aplicabilidade das determinações previstas na Constituição Federal. Nesse ponto, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 592.581, foi afastada por unanimidade a aplicação da teoria da reserva do possível para condenar o Poder Executivo à responsabilização pela efetivação dos preceitos constitucionais no tocante às melhorias em presídios, ao passo que nas palavras do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski,

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

[...] é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.²²

O ativismo judicial, configurado na intervenção do Supremo Tribunal Federal quando verificada a ineficiência estatal na efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais, tem gerado muita discussão e severas críticas feitas pelos adeptos da teoria da reserva do possível, uma vez que tal atuação acarreta afronta direta ao princípio da separação dos Poderes e danos à economia nacional, sob a alegação de que estaria sendo violado o orçamento público destinado ao direito à saúde. Ademais, há quem entenda também que tal ativismo judicial acarreta um agravamento da crise social, visto que a saúde passaria a ser um direito apenas para a classe mais abastada, que nas palavras de Gustavo Lucredi,

No afã de se promover a justicialidade dos direitos sociais, acabou-se, na verdade, agravando-se um quadro de desigualdade social, uma vez que a intervenção dos órgãos jurisdicionais nessa área revelou-se, afinal, um agente concentrador de renda,

²¹ STF, 2014.

²² STF, 2015.

já que os mais beneficiados não são os mais pobres, mas sim a camada intermediária da população.²³

O que Gustavo Lucredi pretende com essa afirmação é trazer para a discussão da problemática, objeto do presente estudo, a possibilidade de aplicação da teoria de otimização (lei de sopesamento ou lei de ponderação) formulada por Robert Alexy, o que para ele poderia trazer ótimos níveis de satisfação e efetivação dos direitos fundamentais, mesmo que por meio do ativismo judicial narrado, já que a finalidade do citado mandamento de otimização é identificar qual dos interesses envolvidos tem maior peso no caso concreto, priorizando, assim, um princípio em detrimento de outro.

O fato é que a Constituição Federal é a Lei Maior, e nela há regras básicas e fundamentais que obrigatoriamente necessitam ser observadas e obedecidas. A vinculação orçamentária, atrelada à teoria da reserva do possível, não pode ser justificativa para a negligência e o abandono estatal no tocante aos direitos fundamentais sociais, precisamente o direito à saúde. Por tal razão, o administrador público, ao elaborar as políticas públicas sociais, deverá organizar e ponderar sobre os recursos financeiros ao ponto de garantir o atendimento das necessidades básicas e vitais da sociedade, sob pena de sofrer constante intervenção do Poder Judiciário, uma vez que incumbe ao Supremo Tribunal Federal a garantia do cumprimento das normas constitucionais, como meio de preservação e manutenção do mínimo razoável para o acesso a uma vida digna.

3.2 O limite do orçamento público para o direito à saúde

Como já tratado alhures, o orçamento público destinado à saúde é previamente fixado e limitado pelo Estado sob o manto da teoria da reserva do possível. Sob esse prisma, Liana Cirne Lins analisa que:

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de meros topos retóricos destinado à desqualificação a priori dos direitos sociais, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos contornos místicos.²⁴

²³ LUCREDI, Gustavo. 2014, p. 163/164.

²⁴ LINS, Liana Cirne. 2009, p. 63.

Logo, há quem defenda que a reserva do possível nada mais é que um mecanismo denegatório do Estado para fugir ou obscurecer o seu dever de prestação e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Entretanto, cumpre destacar que a Constituição Federal, por meio dos incisos I, II e VI, do artigo 167, veda o início de programas ou projetos que não foram incluídos na lei orçamentária anual, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

Normas constitucionais utilizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo para impedir ou condenar a atuação ou a intervenção do Poder Judiciário quando há alegado abuso ou omissão estatal no cumprimento da efetivação e concretização dos direitos sociais, especialmente, o direito à saúde.

Inclusive, o Poder Executivo, por intermédio das suas Procuradorias e da Advocacia Geral da União, tem defendido a limitação orçamentária a favor do direito à saúde por força da reserva do possível, o que faz balizado por uma parte da doutrina que tem entendimento nesse sentido, conforme entendimento de Fernando Facury Scaff, que ao delinear a reserva do possível, afirma que “é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais”²⁵.

Esse entrave entre o cidadão que quer seu direito à saúde devidamente concretizado, e o Estado, que impõe a teoria da reserva do possível como limitador do orçamento público faz gerar uma discussão acerca de possível inversão hierárquica, tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, visto que há clara tentativa de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais, principalmente prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Contudo, a Constituição Federal impõe que os direitos sociais são de garantia fundamental, portanto, de aplicação imediata nos moldes do parágrafo primeiro do artigo 5º, bem como que a saúde é um direito fundamental de todos, e, além de integral e universal, deve ser desfrutado no mais elevado nível possível de saúde física e mental, de modo que é dever do Estado praticar todos os atos necessários para promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme vaticinam os

²⁵ SCAFF, Fernando Facury. 2011, p. 96.

artigos 6º e 196, da Carta Magna, bem como os diplomas internacionais incorporados no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse ponto, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo ensinam que:

Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais. Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial, há que seguir investindo significativamente.²⁶

O direito à saúde, portanto, é uma necessidade pública que deve ser garantida pelo Estado, por força do seu caráter excepcionalíssimo, por se tratar de um direito fundamental e, portanto, de aplicação imediata. Nesse sentido, o Estado tem por objetivo primordial assegurar ao seu cidadão os meios necessários para que ele possa usufruir, de fato, de uma vida digna e, para tanto, deve buscar recursos para implementar e efetivar esse direito, o que o faz através da denominada atividade financeira do Estado. E sobre esses recursos públicos, James Giacomoni esclarece que

[...] os recursos públicos podem ser definidos *lato sensu* ou *stricto sensu*. No primeiro caso – em sentido amplo – estão todos os recebimentos ou entradas de dinheiro; no segundo caso – em sentido estrito – os recursos recebidos sem reservas ou redução no ativo e que não serão devolvidos.²⁷

Contudo, há uma distância enorme entre o dever e o poder do Estado, o que pode ser avaliado como binômio necessidade/capacidade. Por isso que a atividade financeira do Estado, por força de norma constitucional, está atrelada à obtenção de recursos, à gestão dos mesmos e à sua respectiva aplicação, por força da Constituição Federal e da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XV, letra b, da CF/88.

Esse orçamento público consiste, nas palavras de Allan D. Manvel, em “um plano expressando, em termos de dinheiro, para um determinado período de tempo, o programa de

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 2007, p. 194.

²⁷ GIACOMONI, James. 2009, p. 139/140.

operações do governo e os meios de financiá-lo”²⁸, consubstanciado por uma lei orçamentária que prevê o planejamento anual e plurianual, onde estarão previstas as despesas e receitas do respectivo ano e o programa orçamentário do governo, em cumprimento ao princípio da anualidade consagrado pela Constituição Federal, cujo norte é proporcionar, diante das oscilações econômicas, as necessárias alterações do seu conteúdo.

Nesse aspecto, fica mais que evidente que sem o devido planejamento e orçamento, não há qualquer possibilidade de serem implementadas as políticas públicas. Mas, como o Estado custeia os serviços públicos? Via de regra, é por meio da arrecadação de tributos através da cobrança a terceiros (cidadãos) que se produz uma variação positiva do valor ativo do patrimônio público e que, por consequência, permite ao Estado custear os citados serviços públicos.

Porém, João Maurício Adeotado, diante da realidade brasileira, questiona que

No contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infraestruturais imediatos, a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado social e democrático de direito unicamente por meio da promulgação de textos normativos ou até de concretização de normas jurídicas.²⁹

De fato, não se pode negar a necessidade do Estado de se levantar recursos para custear os direitos fundamentais sociais por meio da cobrança de tributos dos cidadãos. Contudo, num país em que a carga tributária é altíssima e mesmo assim presenciamos uma realidade desafiadora no tocante à efetivação do direito à saúde, “o não cumprimento das diretrizes básicas de saúde e a incapacidade de prover a manutenção do mínimo vital ao cidadão brasileiro parece não encontrar guarida na ausência de recursos financeiros, e sim, evidenciar a ingerência e ineficiência da Administração Pública no gasto dos recursos”³⁰.

Mesmo diante dessa constatação, o direito à saúde é uma prioridade, por tudo que já aqui fora exposto, inclusive, o seu caráter prioritário é devidamente delineado no artigo 36, § 2º, da Lei nº 8.080/90, o qual prevê a possibilidade de transferência de recursos para financiamento de ações que não foram previamente previstas, quando se estiver diante de situações emergenciais ou de calamidade pública na área de saúde, reforçado pelo artigo 52, também da mesma lei, a qual impõe como crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas na referida lei.

²⁸ MANVEL, Allan D. 2001, p. 72.

²⁹ ADEODATO, João Maurício. 2010, p. 186.

³⁰ SOUZA, Oreonnilda de. OLIVEIRA, Lourival José de. 2017, p. 81.

Dessa forma, inobstante os limites do orçamento público e a designada reserva do possível, não se pode admitir que o Estado se recuse a realizar a devida prestação dos direitos fundamentais sociais, principalmente quanto ao núcleo básico garantidor do mínimo vital, sob a possibilidade de recair sobre o Ente Estatal a regra contida no artigo 5º, XXXV, da CF, a qual trata sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional que viabiliza o acesso ao Judiciário pela parte lesionada, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.

Inclusive, a Constituição Federal, por meio dos já citados artigos 195 e 198, demarcou as fontes de receitas e os responsáveis pelo custeio para a efetivação dos direitos sociais. Por força das citadas normas constitucionais, verifica-se que a Constituinte traz como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, fruto de um amadurecimento da relação jurídica.

O delineamento dos responsáveis pelo custeio dos serviços públicos sociais, permite averiguar se os responsáveis estão se desincumbindo das suas respectivas obrigações, ou seja, se estão contribuindo da forma como devem e se a receita para a saúde está sendo devidamente destinada nos moldes impostos na Carta Magna.

Assim, é dever do Estado, diante da arrecadação das contribuições sociais, impostos e demais contribuições, aplicar devidamente essa receita na saúde, de acordo com o mandamento constitucional, visto que, conforme já narrado alhures, o direito à saúde é um direito “fundamentalíssimo”, que se confunde com o próprio direito à vida e, portanto, constitui-se como um bem essencial da e para a pessoa humana, ao passo de ser dever Estatal a proteção e efetivação desse direito, isso porque “O Estado deve ser instrumento a serviço da dignidade humana e não o contrário. É nesse amplo alcance que está a universalidade do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos”³¹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é um direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal que foi alçado a direito fundamental, sendo dever do Estado a sua efetivação, manutenção e proteção, no intuito de propiciar à sociedade uma vida digna (saúde, educação, alimentação, habitação, transporte etc.), por meio de formulações e implantações adequadas de políticas

³¹ VITA, Jonathan Barros. SILVA, Karina Zanin da. 2014, p. 245.

públicas, com a alocação de recursos financeiros suficientes à efetividade dos direitos fundamentais, garantindo, assim, o mínimo existencial.

Ressalta-se que o direito à saúde, como direito fundamental, é tutelado por normas constitucionais que gozam de eficácia plena, ante a aplicabilidade imediata delas.

Entretanto, o Estado tem utilizado a teoria da reserva do possível para justificar a não concretização dos direitos fundamentais sociais, sob a alegação de que recai para si (discricionariedade) o poder de arbitrar a escolha para onde vão os recursos públicos, visto que sob a ótica estatal é impossível garantir a efetividade a todos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Para contrapor a aplicação da teoria da reserva do possível no direito à saúde, nasce a teoria do mínimo existencial, a qual foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir, em face da arbitrariedade ilegal do Estado, um mínimo essencial para a sobrevivência e subsistência do homem.

Sem dúvidas que a efetivação dos direitos fundamentais necessita de orçamento público nos moldes impostos na Constituição Federal. Contudo, a limitação orçamentária não pode ser suporte para omissão, abuso ou ineficiência do Estado no tocante à implantação de políticas públicas sociais voltadas, principalmente, para a área da saúde.

O Estado deve, por imposição das normas constitucionais e internacionais absorvidas pela própria Carta Magna, buscar meios eficazes de garantir a efetividade dos direitos sociais, por meio de investimento tecnológico e estrutural nas unidades de saúde e capacitação profissional nos hospitais públicos.

Entrementes, os Poderes Executivo e Legislativo têm falhado na prestação, efetivação e concretização dessas políticas públicas voltadas para a saúde, o que viabiliza, diante da lesão ou ameaça de lesão a esse direito, a atuação do Poder Judiciário por meio do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual, representado pelo Supremo Tribunal Federal, tem atuado no sentido de garantir o mínimo existencial ao cidadão.

O citado ativismo jurídico tem gerado discussão e severas críticas feitas pelos defensores da teoria da reserva do possível, pois, pela ótica desses, há grave violação do princípio da separação dos poderes, alastramento da crise financeira e aumento da desigualdade social, uma vez que somente a sociedade mais abastada se beneficia dessa intervenção do Poder Judiciário.

Seguindo a linha de raciocínio de proteção aos direitos fundamentais, a partir da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, resta, sem sombra de dúvidas, que

a teoria do mínimo existencial deve prevalecer e ser adotada sempre em detrimento da reserva do possível quando o direito à saúde e, por conseguinte, o direito à vida, estiver em discussão.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010;

ALEXY, R. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 22, n. 66, p. 13-64, st./dez. 2002a;

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. *História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007;

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n. 592.133/RS**. Data de julgamento: 13 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 775.133/SP**. Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 07/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4472444>>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no **Recurso Extraordinário n. 639337/SP**. Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20622937/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf>>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

BUCCI, M. P. D. *O conceito de política pública em direito*. In Maria Paula Dallari Bucci. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006;

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982;

_____. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003;

GIACOMONI, J. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2009;

LINS, L. C. A. A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, v. 182, 2009;

LOPES, M. C. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

LUCREDI, G. Princípios como um fator de direitos e desenvolvimento: uma visão jurídico-econômica da tutela judicial de direitos fundamentais. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba**, n. 5, p. 163-192, 2014;

MACHADO, E. D. HERRERA, L. H. M. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação Hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza/CE nos dias 09 a 12 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>> Acesso em: 20 de junho de 2021;

MÂNICA, F. B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador**, n. 25, p. 1-17, fev./abr. 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>> Acesso em: 20 de junho de 2021;

MANVEL, A. D. *apud* DEJALMA C. **Direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Atlas, 2001;

ONU. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Declaração e programa de ação de Viena. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 23 de junho de 2021;

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. P. 3. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/professor/ingo-wolfgang-sarlet>.> Acesso em: 20 de junho de 2021;

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista STF, Brasília**, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_so_ciais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 19/08/2020;

_____; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e Direito à Saúde: algumas ponderações**. Doutrina Nacional. Direitos Fundamentais & Justiça, n.º. 1 – Outubro/dezembro, 2007;

SCAFF, F. F. **Direito à saúde e os tribunais**. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005;

SOUZA, O. OLIVEIRA, L. J. **O custo dos direitos fundamentais: O direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial**. *Direitos Fundamentais Sociais: FDV – mai./ago.*, 2017. Disponível em: <<https://www.bing.com/search?q=o+custo+dos+direitos+fundamentais&cvid=c0ea024bd5924ef7b1fa904ae1ade197&aqs=edge..69i57.7162j0j1&pglt=43&FORM=ANNTA1&PC=U531>> Acesso em: 15 de junho de 2021;

VITA, J. B. SILVA, K. Z. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 14, n. 1, p. 241/264, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/verjuridica/article/view/3439>>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

Como Referenciar este Artigo, conforme ABNT:

NEVES, F. T. O; BUSSINGUER E. C. A. A Desigualdade na Distribuição do Acesso à Saúde no Brasil: A Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Direito à Saúde e Sua Atribuição como Mínimo Existencial. *Rev. FSA*, Teresina, v.19, n. 8, art. 9, p. 188-212, ago. 2022.

Contribuição dos Autores	F. T. O. Neves	E. C. A. Bussinguer
1) concepção e planejamento.	X	X
2) análise e interpretação dos dados.	X	X
3) elaboração do rascunho ou na revisão crítica do conteúdo.	X	X
4) participação na aprovação da versão final do manuscrito.	X	X