

RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO À SAÚDE: PODE O ESTADO NEGAR O MÍNIMO EXISTENCIAL? ¹

RESERVATION OF THE POSSIBLE AND RIGHT TO HEALTH: CAN THE STATE DENY THE EXISTENTIAL MINIMUM?

Aldemir Berwig²
Tiago Protti Spinato³

RESUMO: Esse artigo aborda a complexidade existente entre a concretização do direito fundamental à saúde e sua judicialização no Brasil, explorando duas questões paradoxais: o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Se adota uma metodologia de análise crítica dos temas centrais do estudo, e utiliza-se a técnica bibliográfica a partir de uma perspectiva hipotético-dedutiva. Analisa a efetivação da saúde frente às competências constitucionais, apresentando os fundamentos e a possibilidade de concretização da cidadania diante dos argumentos jurídicos que negam sua fruição. Propõe o direito à saúde como um dos pilares do desenvolvimento humano, pois sua ausência ameaça vários aspectos da vida. A partir da compreensão do papel do Estado na concretização da saúde, explora a ideia de mínimo existencial em contraposição ao princípio da reserva do possível. Aborda a questão da judicialização da saúde para buscar,

¹ Artigo submetido em 08-06-2021 e aprovado em 14-12-2022.

² Doutor e Mestre em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Graduado em Direito e Administração, ambas pela UNIJUÍ, MBA em Investimentos e Private Banking pela IBMEC São Paulo, Especialista em Direito Tributário pela UNISUL. Professor adjunto e Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) na UNIJUÍ. E-mail: berwig@unijui.edu.br

³ Mestre em Direitos Humanos e graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. E-mail: tiago.protti.spinato@gmail.com



nas competências administrativas, o dever estatal de concretização do direito fundamental à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Direitos Socioeconômicos. Direitos humanos. Judicialização da Saúde. Políticas, Planejamento e Administração em Saúde.

ABSTRACT: This article addresses the complexity that exists between the realization of the fundamental right to health and its judicialization in Brazil, exploring two paradoxical issues: the existential minimum and the principle of reserving the possible. A methodology of critical analysis of the central themes of the study is adopted, and the bibliographic technique is used from a hypothetical-deductive perspective. It analyzes the effectiveness of health in the face of constitutional competences, presenting the fundamentals and the possibility of achieving citizenship in the face of legal arguments that deny its enjoyment. It proposes the right to health as one of the pillars of human development, as its absence threatens several aspects of life. Based on the understanding of the role of the State in the realization of health, it explores the idea of an existential minimum as opposed to the principle of reserving the possible. It addresses the issue of the judicialization of health in order to seek, in administrative competences, the state duty to implement the fundamental right to health.

KEYWORDS: Citizenship. Socioeconomic Rights. Human rights. Health's Judicialization. Health Policy, Planning and Management.

INTRODUÇÃO

Um dos importantes legados da Revolução Francesa foi a perspectiva dos direitos do cidadão. Dele decorre, na perspectiva histórica, a criação do direito à saúde. O direito à saúde, nessa perspectiva, se encontra hoje em uma posição muito importante dentre todos os direitos necessários para legitimar a dignidade do ser humano, principalmente se analisarmos a questão sob a ótica da pandemia que acontece em decorrência do COVID-19. A saúde é um fator primário que faz com que a maior parte das outras necessidades possam ser alcançadas. Sem o acesso à saúde pode-se pressupor que se afasta a concretização de outros direitos ante o caráter importantíssimo que a saúde representa na vida de todos os seres humanos. Frente a tema de suma importância, positivado em muitos tratados legais pelo mundo, e que aparece de forma oficial no Brasil, como direito fundamental, pela primeira vez, na Constituição da República promulgada em 1988, necessário é importante a análise dos princípios que norteiam sua efetivação em nosso país para compreender a problemática de sua concretização em um país de grandes dimensões e desigualdade social crescente. Trata-se de um cenário complexo: a Constituição da República, formalmente, estabelece um sistema único, o SUS, mas que na regulamentação legal e na oferta administrativa, parece não dar conta da exclusão



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

social concreta que as administrações públicas não conseguem concretizar materialmente na vida dos cidadãos.

Para além disso, vive-se o conflito de um Estado de Bem-Estar Social que não cumpriu as promessas constituintes. Observa-se uma triste realidade na qual o orçamento do Estado não é suficiente para cumprir com os direitos, muitos dos quais ficam subjugados apenas a promessas. Essas controvérsias entre o formal e o material são percebidas na vida dos cidadãos que não têm acesso a sua concretização. É nesse contexto que o debate a respeito de três questões é necessário, embora aqui se aborde especificamente o direito à saúde: os direitos, a reserva do possível e o mínimo existencial.

A partir desse contexto, nesta pesquisa qualitativa com reflexão a partir de estudo teórico que tematiza a saúde no contexto dos direitos fundamentais, os seguintes questionamentos vão conduzir a abordagem: (a) qual o efetivo papel do Estado na garantia e concretização da saúde para todos os que integram a nação, povo e população? (b) como se coloca a questão do mínimo existencial, a partir de diretrizes mínimas para que o ser possa dispor de uma saúde efetiva? (c) é plausível que, sob o argumento da reserva do possível, o Estado argumente que não possui recursos para a concretização de direitos postos como fundamentais na Constituição da República, como é o caso da saúde?

O debate entra na questão dos recursos escassos e da ampla distribuição de direitos, mas nesse debate a questão entre o necessário e o possível não é nova. Está presente em todo mundo, pois, de fato, em grande parte das nações o direito a saúde é tratado como sendo um dos mais relevantes, embora nem sempre concretizados. É através dele que se possibilita o direito mais importante para qualquer ser humano, o direito à vida. Compreende-se, nesta perspectiva, que o acesso à saúde formal, legitima o anseio por direitos humanos, mas a sua concretização material é que vai possibilitar a fruição de um dos princípios fundamentais da República, a dignidade da vida.

As questões acima apontadas não são pacíficas, existem entendimentos bem diversos que estão atrelados à consciência e a defesa de interesses que não necessariamente possam ser considerados como interesse público. Decorre da diversidade cultural e de pensamento garantidos igualmente como fundamentos da República. E não poderia ser diferente em uma sociedade democrática. Todavia, esta mesma sociedade permite fazer um paralelo entre o que é possível de ser concretizado pelo Estado, já que o orçamento é escasso, e o que não poderá deixar de ser feito. Nesse contexto pode-se confrontar várias questões, as quais vão gerar convergência ou divergência de ideias. Evidentemente não se pode afastar da ideia que há um planejamento de inclusão social das pessoas e de atribuição de direito, o qual é estabelecido na Constituição da República.

A partir desta perspectiva, o artigo se desdobra em três seções. Na primeira seção, se faz a análise da saúde como direito fundamental, se explicam os conceitos de saúde e a sua efetiva legitimação nos textos legais, considerando a evolução do cuidado da saúde brasileira a partir de sua positivação de forma plena a partir da constituinte de 1988. Na segunda seção, se analisa o direito à saúde diante de outro princípio, a reserva do possível, abordando o seu conceito e criação a partir de ideias germânicas, lembrando que foi adotado por diferentes nações para justificar a escassez de recursos econômicos que torna



difícil a promoção de alguns dos direitos sociais. Na terceira seção, se aborda a conceituação de mínimo existencial e a concretização dos direitos sociais. Nessa seção se contrapõe a ideia de mínimo existencial a necessidade real para a promoção de uma vida digna.

1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O termo saúde, no contexto da vida humana, encontra-se intimamente ligado às questões biológicas e psíquicas do indivíduo. O equilíbrio entre esses dois aspectos, mas também com outras funções inerentes ao pleno desenvolvimento do corpo humano, anteriormente à Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946), era definida como uma pessoa sem enfermidades e doenças. Ocorre que, assim como os direitos humanos, a conceituação de saúde é histórica e evolui com o tempo. Em decorrência disso se percebe que essa definição tem se modificado, pois a saúde não é mais o conceito de alguém que apenas não esteja sofrendo de algum mal psíquico ou biológico, mas com o estado de total bem-estar que também leva em conta questões sociais em que o indivíduo esteja inserido, como está previsto na Constituição da OMS (1946):

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Percebe-se, portanto, que a ideia de saúde contempla a ideia de bem viver não sendo possível excluir pessoas dessa condição de vida. Na Constituição da República, o direito à saúde consta como um dos direitos sociais a serem concretizados pelo Estado, a todas as pessoas que estão sob as leis do país, sem qualquer distinção de classe ou poder econômico, mesmo que apenas residentes ou temporariamente em nosso país. Claro que a Constituição apenas formalmente garante esse direito às pessoas, mas como condição para a garantia de que as pessoas tenham qualidade de vida. De qualquer forma, pode-se dizer que essa garantia reflete de forma bastante profunda no próprio desenvolvimento da nação, pois de fato, somente assegurando boas condições sanitárias é que se poderá garantir a efetivação de direitos que advém dela, como diversos outros que estão elencados no artigo 6º da própria Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, entende-se que na Constituição da República o direito à saúde vem previsto, e provavelmente não por uma coincidência, como um dos primeiros direitos sociais elencados no texto constitucional. Essa consideração leva a crer que decorra da saúde noção de que a sua falta prejudica os demais direitos, principalmente em uma sociedade em que existam grandes desigualdades sociais. É, portanto, através da



concretização da saúde que se possibilita a fruição de outros direitos, pois sem ela, o ser humano não se encontra apto a fruí-los. A saúde passa a ser compreendida, portanto, como condição para um exercício integral da cidadania e, portanto, que torna a vida de um ser humano digna dentro de uma sociedade. Assim, pode-se entender que para ter acesso ao trabalho, por exemplo, que normalmente gera a renda para que se tenha acesso à educação, à alimentação, à moradia, dentre outros direitos, é necessário que o sujeito tenha saúde concreta, não apenas uma garantia formal. É nesse contexto que transparece a importância de sua consideração como direito fundamental, a ser efetivado pelo Estado. Mas essa garantia, para que concretize a saúde como prevista na Constituição da OMS (1946), deve ser integral, preventiva e curativa, para que se possa dizer, finalmente, que existe vida digna.

Por tais razões é que se compreende que as ações do Estado, nesta área de atuação, prescindem de políticas públicas que atendam a tais questões. De fato, ao se analisar sob uma perspectiva nacional, o direito à saúde é colocado como uma questão necessária para o próprio desenvolvimento da nação. Não é por menos que ao estabelecer as competências das diversas pessoas políticas que compõem a República Federativa do Brasil, a Constituição fez a previsão de desenvolvimento conjunto de ações visando a concretizar esse direito. Então, além de ser um direito fundamental do cidadão, o direito à saúde aparece também como um dever do Estado, o qual é previsto como Sistema Único de Saúde (SUS). A partir dessa previsão constitucional é que houve sua regulamentação através da Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços necessários para a sua prestação, além de outros aspectos. Evidencia-se, aqui, a concepção de proteção da saúde humana, preventiva e curativamente, sem qualquer tipo de restrição a todos os níveis de assistência médica, sendo o único requisito que o cidadão assim o necessitasse. Não estivesse previsto na Constituição da República, o artigo 2º da Lei nº 8.080/1990 prevê que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (BRASIL, 1990). Este artigo expressa ser um dever do Estado. Mas quem é este Estado? São os entes políticos: a União, os Estados-membro, o Distrito Federal e os municípios. Estes entes políticos têm suas competências, em relação à saúde, previstas na Constituição da República. Como competências, devem ser interpretadas como dever de agir. É o que se depreende do inciso II do artigo 23 da Constituição da República, onde está estabelecida a competência comum de tais entes para cuidar da saúde e assistência pública, entre outros aspectos.

A previsão constitucional de um Sistema Único de Saúde (SUS) foi concretizada na Lei nº 8.080/1990, na qual os preceitos de acesso à saúde foram estendidos a toda a população que necessite de tratamento nas mais diversas áreas de atuação. Esse sistema é financiado pelo poder público, inexistindo qualquer tipo de diferenciação baseado em condições subjetivas ou objetivas: é um direito universal. Esse foi, então, um passo muito importante para a universalização da saúde no Brasil, pois a integralidade de assistência proporciona a preservação da autonomia das pessoas e a defesa de sua integridade física e psíquica, sem veicular isso a qualquer tipo de contrapartida econômica. Assim,



pretende-se que o atendimento universal evite que ocorra a exclusão das pessoas do acesso a tais serviços.

Porém, o que se tem percebido é que mesmo que se tenha uma legislação que contemple a concretização de direitos sociais a serem prestados pelo Estado, sua fruição pelos cidadãos não é total. Embora o país figure em posição de destaque entre as maiores economias do mundo, boa parte da população, e especificamente a mais carente, ainda sofre para ter acesso concreto à saúde, eis que não encontra, muitas vezes, soluções para as suas necessidades. Andreás Krell (2000, p. 26), a respeito, menciona que esta situação gera uma relação de tensão entre o formal e a realidade:

A maioria dessas pessoas não encontra um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome. [...] A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma categoria referencial bem distante. Encontra-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais.

A citação acima é de 2000 e foi propositalmente aqui mencionada, porque há 20 anos o autor mencionava a situação de tensão entre o texto constitucional e a realidade. A questão continua alarmante. Embora neste tempo se tenham inúmeros avanços na ciência e nas tecnologias, o mais alarmante é verificar que os momentos de tensão podem representar um retrocesso para as políticas públicas e para os direitos humanos. É o que se verifica atualmente na democracia brasileira, quando o governo eleito não tem simpatia alguma com os direitos humanos e, portanto, se verifica o menosprezo com a preservação da vida, com o meio ambiente e com a sustentabilidade.

Nesta linha pode-se, ainda, citar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU). O ODS 3 prevê a “Saúde e Bem-Estar” visando “Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”. (ONU, 2020). Na realidade, como as nações não conseguem superar os entraves para a concretização das legislações internas, aparenta ser necessária alguma manifestação supranacional para que os governos realizem suas obrigações com seus nacionais. Para isso, mais do que ter direitos inscritos numa constituição, é necessário ter vontade política para prever recursos orçamentários para a sua concretização.

Cabe mencionar, ainda, estudo publicado recentemente no qual são estudados instrumentos e medidas para fazer frente às crescentes demandas judiciais por medicamentos no Estado de Santa Catarina. CAETANO, MATHEUS e DIEHL (2020) apontam que há uma articulação entre diversas instituições no referido Estado para que haja um controle da judicialização, principalmente na questão de busca de medicamentos



que não estão previstas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). E apontam que muitas vezes o Judiciário desconsidera as diretrizes do SUS e as políticas públicas de saúde e determina que o Executivo forneça medicamentos, inclusive ignorando possíveis riscos que o demandante possa estar correndo ao ser deferido o uso de medicamentos experimentais, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Então, a questão é complexa; por um lado aparece a demanda não prevista ou autorizada pelos órgãos executivos, por outro a falta de previsão orçamentária para questões básicas. É esta a preocupação desta abordagem.

Por outro lado, preocupa o contínuo processo que se desenvolve a partir da promulgação da Constituição da República, em 1988, que paulatinamente reduz o custeio dos direitos sociais, entre os quais a saúde, a pretexto de resguardar a sustentabilidade intertemporal da dívida pública brasileira. Os recursos públicos são mitigados paulatinamente através da desvinculação de receitas, redução do escopo dos regimes de gasto mínimo e restrição do alcance de transferências intergovernamentais equalizadoras das distorções federativas. Há um constante processo de desconstrução orçamentário-financeira dos direitos sociais, como bem demonstra Élide Graziane Pinto (2019), restringindo a identidade estrutural da Constituição da República, a pretexto de consolidação fiscal cada vez mais exigente da redução do tamanho do Estado.

Com base nos aspectos acima apontados constata-se que, embora com a prestação de serviços de saúde garantidos expressamente na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, precedentes perigosos começam a surgir como um debate paralelo entre assegurar a saúde, como fator de inclusão do ser humano e legitimador de uma vida digna, e a possibilidade do Estado, de fato, baseado em questões orçamentárias, realmente garantir a todos o acesso, de forma irrestrita, à saúde. Assim, está estabelecido um paradoxo entre o que o Estado efetivamente pode fazer e o que o Estado deve fazer. A análise dos dois aspectos da questão demonstra um complicado dilema entre o mínimo que deve ser ofertado e as possibilidades de oferta. Tais aspectos, embora já se tenha verificado que a saúde seja um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado, são abordadas nas próximas seções.

2 O DIREITO A SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

O SUS representa a face administrativa de prestação de serviços públicos de saúde. Em razão da positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro ele passa a ser de acesso irrestrito pelos cidadãos, embora a regulamentação infralegal vá estabelecer quais as medicações e procedimentos estarão disponíveis aos cidadãos. Todavia, embora a rede pública de saúde, seja criada e mantida em regime comum pelos entes políticos, ela se submete ao regime orçamentário de tais entes, dependendo da previsão de recursos financeiros para funcionar adequadamente e atender com a devida eficiência as demandas dos cidadãos. Nesse contexto, a falta de aporte financeiro por parte dos entes estatais pode gerar obstáculos à realização das necessidades públicas e as políticas públicas de saúde, tanto as preventivas como as curativas, podem terminar frustradas. É neste contexto orçamentário, quando os recursos se tornam escassos, que



vai se falar em reserva do possível, ocasião em que o Estado busca administrar as expectativas referentes ao que deve ser fornecido. Neste caso está em jogo o balanço observado entre a falta de recursos, não das competências a serem cumpridas em razão do dever de agir. Assim, diante de um escasso orçamento, se busca limitar as demandas em razão do orçado em período pretérito, de forma a respeitar a previsão feita sob o entendimento do que é possível ser feito com os valores orçados, mesmo que não se atenda às demandas legítimas dos cidadãos carentes de recursos.

Esse debate não é algo novo entre os teóricos do Direito e os responsáveis pela execução das políticas públicas. Entre os doutrinados, os germânicos foram os primeiros a alertar sobre o necessário contraponto entre a legitimação dos direitos e a possibilidade econômica sob o argumento de que a fruição dos direitos sociais pode sofrer restrição quando tiver elevados aportes de recursos, mesmo não atendendo a todos os cidadãos⁴. Essa disposição está prevista na Constituição da Alemanha, mas não há similar na Constituição brasileira. Embora a reserva do possível não esteja positivada na Constituição da República, é o fundamento expresso em decisões judiciais que negam a prestação de serviços essenciais alegando a não existência de reservas orçamentárias para tal.

Entende-se que a reserva do possível busca trazer uma justificação jurídica para que o Estado se desincumba de seus deveres constitucionais. Não vai aqui se fazer uma análise dos fatores internos e externos que justificariam a inexistência orçamentária para justificar a omissão estatal. Se trabalha na lógica do desenvolvimento humano e das condições de vida como um fator para o desenvolvimento sustentável da sociedade. Nessa perspectiva fica evidente que qualquer desenvolvimento vai decorrer da possibilidade de concretização de direitos e, portanto, das condições de vida dos cidadãos. Não há justificativa racional, do ponto de vista da humanidade, que faça prevalecer a ideia de que deve-se satisfazer o interesse do Estado em detrimento do interesse dos cidadãos⁵. É o que ocorre quando o Estado faz a defesa orçamentária para não dispendir recursos com a saúde.

Frente a isso se pode entender que a reserva do possível é de uma complexa compreensão, um paradoxo jurídico que se apresenta ora como fator de exclusão humana a direitos básicos, ora como de inclusão. Basicamente em razão de que a reserva do possível tem um viés limitador de expectativas em decorrência de que, sempre fazendo um contraponto com o mínimo existencial, se apresenta como regulador, mantendo o equilíbrio entre o possível e o necessário.

⁴ Em uma decisão em 1972 em um julgamento emblemático “*numerus clausus*” foi empregada a expressão “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”) pela primeira vez pela Corte Constitucional Alemã. Neste caso, “dois estudantes alemães pleitearam vagas na Universidade de Medicina das províncias de Bavária e Hamburgo e tiveram negadas suas pretensões em razão do limitado e predeterminado número de lugares disponíveis” (MALDONADO, 2015, p. 191).

⁵ A respeito desta questão pode-se consultar a diferenciação que Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) faz entre interesse público primário e interesse público secundário. Para o autor, o interesse primário é o interesse da sociedade; o secundário, do Estado. No conflito entre ambos, segundo o autor, deve prevalecer o primeiro.



Mas os fatos no mundo da vida são tão complexos como no mundo jurídico. Essa dupla complexidade, todavia, se concretiza em unidade no mundo da vida, nas pretensões presentes. Pode-se pensar na reserva do possível como um princípio que visa possibilitar a administração restritiva das expectativas normativas previstas nas leis ao apresentar limitadores entre o possível e o impossível, mesmo que se tenha a obrigação positivada em termos legais em nossa legislação. O aspecto jurídico demonstra que um planejamento que contrapõe orçamento e pretensão legal pode gerar uma batalha entre o que era efetivamente possível frente ao limitador orçamentário.

Niklas Luhmann, ao abordar expectativas normativas, demonstra um paralelo com a complexidade humana e da sociedade:

O mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Por complexidade entende-se que existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por ex, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumirem-se riscos. Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência. (LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Ao fazer esse pequeno recorde sistêmico, se entende que a existência complexa dos seres humanos e sua interação na sociedade se apresentam de forma a frustrar as expectativas: esse talvez seja uma consequência do planejamento em confronto com a reserva do possível, pois as garantias abstratamente asseguradas podem se tornar impraticáveis em razão de que o plano da vida exige a concretude do que abstratamente é assegurado nas normas. Quando as expectativas não são alcançadas ocorrem problemas de concretização, de modo que a criação de paradigmas jurídicos visa explicar e solucionar tais entraves, mas causando mais complexidade na sociedade ao apresentar muitos fins para poucos meios. Em outras palavras, a existência de inúmeras necessidades fundamentais que não são possíveis efetivamente de realizar, criando assim outros problemas factuais e jurídicos.

É em decorrência dessa perspectiva que o direito à saúde no Brasil, muitas vezes, é coibido pelo argumento da reserva do possível, ocasionando a procura cada vez mais intensa do Judiciário para decidir sobre pedidos de medicamentos ou procedimentos médicos. Essa expectativa se fundamenta na previsão constitucional de saúde universal, na qual a atenção à saúde deveria ser integralmente ofertada gratuitamente aos cidadãos. Essas demandas criam outro problema, pois normalmente esses processos têm os pedidos deferido levando a uma grande judicialização da saúde: os que acessam a justiça de forma



mais plena, também conseguem, muitas vezes em detrimento de outros, ter acesso a saúde baseado na ordem que a sentença produz frente ao Estado.

A judicialização da saúde encontra a sua problemática justamente dos efeitos que a reserva do possível gera no ordenamento, pois como argumento ela conduz à instauração de inúmeros processos judiciais que cobram o que está positivado: o fornecimento, pelo Estado, sem análise da possibilidade orçamentária. Cria-se um grande ciclo de pessoas com pretensões frustradas que acionam o Judiciário para receberem o direito garantido constitucionalmente. Ao fazerem isso, oneram ainda mais o Estado, que fica impossibilitado de prestar suas obrigações baseados na reserva do possível gerando um desencadeamento de pretensões contínuas: outras pessoas ingressam nas vias judiciais gerando um ciclo sem fim. Nesse contexto, o próprio ser humano, com seus direitos fundamentais, fica em uma posição de desvantagem, pois não recebe espontaneamente o acesso a saúde que tanto necessita.

Pode-se citar a judicialização da saúde, portanto, como um nefasto exemplo do argumento da reserva do possível. Ao se recusar o fornecimento de saúde, se abrem todos os precedentes para que o sistema judiciário se onere com litígios inerentes a direitos que já estão garantidos, mas negados por questões orçamentárias. A judicialização da saúde e o argumento da reserva do possível, demonstram a controvérsia que envolve a dignidade humana em conflito com o mundo jurídico, a preponderância do argumento da vida, mas sem tornar efetiva a prestação do direito à saúde uma atividade administrativa espontânea da administração pública e que independa do socorro judicial.

Proporcionar ou não o acesso à saúde, no caso da reserva do possível, dá relevo ao paradoxo que envolve a elaboração da lei orçamentária e sua execução. Não é demais mencionar que, como afirma Ricardo Perlingeiro (2013), o legislador orçamentário não tem discricionariedade política para deixar de prever recursos aos direitos fundamentais e coloca-los em outras rubricas menos necessárias. A vontade política do legislador está vinculada ao interesse público e não ao interesse do Estado. O que é mais importante? A previsão de recursos para propaganda do governo ou para a saúde pública? Por respeito à constituição da República os recursos para a satisfação dos direitos fundamentais devem ser os últimos a se esgotarem, bem depois dos recursos previstos para ações não prioritárias do governo. A reserva do possível, portanto, é uma defesa da vontade do Estado, não da Constituição.

Assim, mesmo que o fantasma da reserva do possível sempre esteja pairando sobre os direitos sociais, em especial ao direito essencial à saúde, para seu acesso existem contrapontos doutrinários que visam assegurar efetividade das leis baseados em questões econômicas, já que se tratam de direitos indispensáveis. Na próxima seção, a abordagem do mínimo existencial, se retrata o outro lado da questão, em contraposição da existência da reserva do possível, buscando dar um olhar mais humano às necessidades dos seres que vivem em nossa sociedade.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

O mínimo existencial, assim como a reserva do possível, não se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico. Essa concepção, entretanto, decorre dos próprios fundamentos da Constituição da República, inclusive porque as necessidades do ser humano para a vida digna dependem de que os direitos assegurados tenham concretude. É nesse contexto que a Constituição Federal, no inciso IV do artigo 7º, prevê:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 1988).

Nota-se a preocupação do legislador originário em estabelecer parâmetros mínimos para que o indivíduo possa gozar de seus direitos de forma plena. Vislumbra-se a ideia de que é necessário um mínimo rendimento para que o mesmo possa se manter dignamente. Frente a isso pode-se dizer que o mínimo existencial é algo intrínseco a própria existência do ser humano na sociedade moderna. Evidentemente que a saúde é necessária para ter condições de acesso ao trabalho e, sob o foco do direito a saúde e de seu acesso, se verifica a necessidade de políticas públicas que venham a legitimar os direitos sociais.

Esta questão, todavia, não foi inaugurada com a Constituição da República em 1988. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela ONU em 1948, traz em seu texto, em seu artigo 25, uma definição do mínimo existencial para o ser humano:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

É necessário entender, entretanto, que esse conceito não visa a um mínimo para manter vivo apenas, como pode ficar entendido de uma forma errônea, ao conceituar o mínimo como as necessidades que o ser humano tem para apenas sobreviver em sociedade sem contar qualquer das suas características subjetivas. Não se pode falar em mínimo existencial pensando no básico que o ser humano precisa para não definharem e sucumbir à morte, mas tudo o que é necessário para que o mesmo tenha uma vida digna, incluindo os bens necessários à manutenção da sua saúde física e mental.

Frente a isso, Luís Roberto Barroso, ao tratar da doutrina contemporânea, define o mínimo existencial como a expressão do “[...] conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa.



Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.” (BARROSO, 2015, p. 214).

Considera-se assim que o conceito de mínimo existencial está atrelado ao direito à saúde, de forma que se pode entender que possuir o direito de ir e vir, e exercer as atividades inerentes ao cidadão, de nada valem caso o acesso a saúde não seja garantido pelo Estado. Essa compreensão coloca o Estado como um ente que deve assegurar as condições mínimas de saúde; o acesso a medicamentos e a realização de procedimentos cirúrgicos e exames, com investimentos e cuidados em políticas públicas de saúde são, segundo a Constituição da República, deveres a ele impostos sob a forma de competências distribuídas aos entes políticos.

Sobre esse tema os tribunais pátrios estão constantemente recebendo casos a serem analisados e julgados sob o enfoque do mínimo existencial, pois principalmente na área do direito a saúde, pois a controvérsia que se coloca não é a questão de disputa sobre ser ou não um direito fundamental, mas sobre ser este direito necessário a ponto de ser considerado mínimo existencial. A esse respeito, menciona o desembargador José Antonio Daltoe Cezar em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, 2019):

A condenação do poder público para custear a consulta e o procedimento cirúrgico oftalmológico da infante encontra respaldo na Constituição da República, que assegura o direito fundamental à saúde, bem como na legislação infraconstitucional, especialmente no que diz respeito à prioridade de crianças e adolescente em receber o tratamento médico de que necessitam e à responsabilidade do poder público, nos níveis federal, estadual e municipal, em promover sua efetiva saúde. Pretensão que deve ser cumprida, ainda que sem previsão orçamentária, já que todo o ente público deve reservar recursos para a área da saúde. O princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito a saúde.

Verifica-se neste acórdão que a falha orçamentária não pode ser aceita com o intuito estatal de negar o direito fundamental à saúde. Nesta linha de entendimento o princípio da reserva do possível não está sobreposto ao mínimo existencial, de forma que o Judiciário tem suprido demandas negadas na esfera administrativa. É pertinente lembrar, neste contexto, que os entes políticos são responsáveis solidários nessa questão, não podendo se atribuir a competência exclusiva a municípios, Estados, Distrito Federal ou União, compreendida como uma competência conjunta, subsidiária, na qual o encargo é de todos, em conjunto.

É importante ressaltar, ainda, que os direitos assegurados pelo princípio do mínimo existencial são condição do princípio da dignidade humana, pois estabelecem as condições mínimas necessárias para que o ser humano possa ter uma vida plena. Nessas condições o mínimo existencial passa à condição de legitimador da própria vida, não podendo ser retirado, conforme afirma Ricardo Lobo Torres, de qualquer pessoa.



A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.). (TORRES, 2010, p. 81-82).

De tal modo, é necessário que os direitos básicos que têm fundamento constitucional e respaldo legal, legítimos que são, sejam concretizados administrativamente de forma mais plena possível, principalmente quando se trata de sujeição a recursos econômicos e previsões orçamentárias. Ao se administrar as expectativas quando a possibilidade e a necessidade, os entes políticos devem provisionar recursos para atenderem a possíveis necessidades estabelecidas como direitos fundamentais. Pode-se entender que talvez nunca os serviços de saúde, de forma utópica, venham atender a todas as necessidades de forma completa e com a eficácia e eficiência necessárias, mas, certamente estes aspectos devem ter caráter prioritário e preferencial frente às necessidades que não se apresentam como mínimas para uma existência humana digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvidas de que o acesso à saúde é um dos direitos de maior relevância para que a dignidade da vida humana seja possível, pois sem ele outros direitos também estão sendo negados. A saúde é um dos fatores primordiais para o desenvolvimento de uma sociedade na qual se possa dizer que há uma mínima perspectiva de inclusão social, de forma que gera reflexos em áreas muito distintas, mas relacionadas, podendo-se falar em desenvolvimento humano, ambiental econômico e social, por exemplo. Uma sociedade que nega a concretização do direito à saúde está doente e apresentará dificuldades para se desenvolver de forma integrada, pois a economia depende da educação, do trabalho, da saúde e do consumo, dentre outros aspectos. Mas pode-se dizer que essa doença está na cabeça, na cultura, de quem comanda democraticamente o país. Evidencia-se, ainda, que saneamento básico e questões sanitárias também se relacionam com a saúde e com a economia. O desenvolvimento da nação, portanto, depende do desenvolvimento sustentável de todas essas áreas e de outras importantes que se interligam no corpo social, iniciando pela saúde coletiva que necessita de amparo estatal para se concretizar.

Mas o propósito deste artigo foi responder a alguns questionamentos iniciais. A partir do contexto apresentado, a respeito do efetivo papel do Estado na garantia e concretização da saúde para todos os que integram a nação, sejam eles brasileiros ou estrangeiros que adotam o país permanentemente ou não como pátria mãe, ao se olhar para a Constituição da República não se tem dúvida de que lá existem garantias de



acolhimento e proteção. Na primeira seção ficou delineada a importância que o constituinte originário deu ao texto constitucional ao garantir a prevalência de um sistema único de saúde, o SUS, como articulador de políticas de saúde para atender a todos os cidadãos, inclusive estrangeiros que aqui optam por plantar raízes. Isso é do corpo constitucional e, por tal razão, como integrante da vida digna, não pode dele ser apartado.

Veja-se que a saúde não aparece apenas como um serviço estatal, mas integra o corpo constitucional como garantia e garantidora de outros direitos. É do corpo constitucional que se retira a ideia de que a saúde não pode ser apartada da vida humana e, para que se afrente a exclusão social, passa a ser prevista no âmbito dos direitos fundamentais, por um lado, e como dever do Estado, por outro. Esse dever do Estado, no SUS, é o compartilhamento de competências distribuídas entre os entes políticos, os quais a organizam de acordo com suas competências auto-organizativas. Mas, neste âmbito, fica claro que essa competência concorrente não pode deixar de ser cumprida, de forma que a eles compete disponibilizar recursos para sua concretização.

Em segundo lugar, evidenciou-se que o mínimo existencial é o *quantum* necessário para que o ser humano viva com dignidade. Nesta linha, não se trata de mera sobrevivência ou apenas manter o corpo vivo. Ao se falar em mínimo existencial, na mesma linha anterior, está se falando de todos os condicionantes para que se compreenda que não é uma vida limitada ao ar que se respira, mas uma vida sobre a qual estão concretizados os direitos previstos no planejamento constitucional. É desejo de todos sua concretização na própria vida, mesmo que inconscientemente. É por esta razão que do próprio corpo da Constituição da República, do seu sistema, se extrair essa compreensão maximizada do que seja vida humana com dignidade.

Em terceiro lugar, na análise do argumento da reserva do possível, verifica-se que o Estado busca mecanismos para o não cumprimento de seus deveres constitucionais. Como se afirmou acima, há um contrabalanço entre os direitos fundamentais e as competências administrativas do Estado. Uns são a contraface de outros. O constituinte originário previu claramente que o desenvolvimento social menos excludente somente seria possível ao diminuir as diferenças de qualidade de vida dando condições para que todos se desenvolvam integralmente. Nessa visão, do desenvolvimento integral, a saúde comporta um lugar de preponderância porque ela é que vai possibilitar que se alcance uma cidadania efetiva na qual o sujeito tenha concretizados outros direitos. É através dela que se abrirão outras oportunidades para o desenvolvimento humano completo.

Não é possível, portanto, aceitar o argumento da reserva do possível como justificativa para que o Estado não cumpra com seus deveres constitucionais. Os deveres do Estado estão postos na Constituição e cada um dos entes políticos tem o dever de prever recursos orçamentários para concretizar minimamente a saúde preventiva e a curativa para a sua população. Claro que existe hoje um avanço tecnológico e científico que possibilita muitas soluções em saúde que não existiam quando da promulgação da Constituição da República. Esses avanços tecnológicos são muito dispendiosos e demandam algum estudo e planejamento para serem incorporados ao SUS. Esse enfoque, entretanto, não é objeto deste artigo; sua preocupação é com a vida digna, a saúde e sua



concretização. E nesse contexto não é minimamente aceitável que os entes estatais argumentem que não possuem recursos para a concretização desse direito fundamental.

Embora se acredite que esse não seja um problema tipicamente brasileiro, pode-se entender que a preocupação com a saúde tem escalas globais, as quais não podem ser subestimadas. Recorde-se, por exemplo, dos esforços previstos em tratados e convenções internacionais e os debates supranacionais sobre o tema, como ocorre com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU. Não fosse importante a saúde não estaria prevista como ODS. Além disso, quando se fala em ODS se deve ter a noção de que todos os 17 objetivos previstos são integrados e divididos em várias metas que pressupõem sua integralização conjunta, de forma que nenhum direito pode ser compreendido isoladamente. Mas esse é tema para outra abordagem. É neste sentido que se pode pressupor que a saúde de um local poder interferir no outro, de modo que a abordagem e até mesmo os impactos atravessam fronteiras, como ocorre na época atual de pandemia do COVID-19.

Com base nas premissas expostas entende-se que o direito à saúde não consiste em uma livre disponibilidade da administração pública ou do legislador orçamentário. Não pode ser fruto de políticas restritivas, mas deve ser entendida no contexto dos deveres constitucionais obrigatórios de qualquer governo e, portanto, decorrente de ações do Estado. Em outras palavras, esse direito não pode ser objeto discricionário de governantes, antes deve ser entendido como o esteio da uma nação que busca maior igualdade social. Neste sentido, tal direito não deveria ter obstáculos de concretização que demandassem inúmeras vezes a interferência judicial para a interpretação do alcance dos direitos. Basta dizer que é inaceitável que recursos e esforços que poderiam ser suficientes para a concretização administrativa dos direitos são gastos em litígios que determinam a sua concretização. Esse aspecto é uma mostra de que a administração pública, mesmo diante dos princípios constitucionais, continua sendo ineficiente para a cidadania.

Baseado nisso e na análise dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, pode-se dizer, ainda, que essa sociedade complexa demanda investimentos nos serviços básicos que legitimam os direitos sociais, mas que o mínimo existencial pode se apresentar como um paradigma para a ação dos governantes. Independentemente de qualquer tipo de limitação, seja material ou financeira, é prudente que se faça um esforço para que todos compreendam que a saúde, nos moldes constitucionais, é um serviço público a ser prestado a partir da concepção de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Nesse viés, a luta por direitos não pode ser deixada de lado, o orçamento público deve compreendê-la e os meios para sua concretização.

É imprescindível que uma revolução ocorra no desenvolvimento orçamentário estatal para que se ampliem os recursos visando possibilitar uma maior cobertura na saúde. Isso demanda ações visionárias que não se limitem ao econômico. A realidade que se verifica é que o Estado e os governantes devem mudar sua estratégia, deixar de lado a pretensão negativa dos direitos, sob o viés da reserva do possível para adotar uma agenda de ação no sentido da concretização dos mandamentos constitucionais. Mas isso demanda a necessidade de que os governantes desenvolvam ou adotem uma outra visão a respeito



da inclusão social, dos direitos fundamentais e dos deveres da administração pública, como já é reconhecido pelos tribunais. Afinal, a saúde não é favor, é dever constitucional.

REFERENCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

CAETANO, C.R.; MATHEUS, F.C.; DIEHL, E.E. Organização dos entes públicos para atender a judicialização do acesso a medicamentos (Santa Catarina). In: **Cien Saude Colet**. Set. 2020. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/organizacao-dos-entes-publicos-para-atender-a-judicializacao-do-acesso-a-medicamentos-santa-catarina/17783>. Acesso em: 15 nov. 2020.

PINTO, Élide Graziane. Erosão orçamentário-financeira dos direitos sociais na Constituição de 1988. **Cien Saude Colet**. Dez, 2019, v. 24, n. 12, p. 4473-4478. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001204473&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 nov. 2020.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário 70077672350**. RS, Relator(a): José Antônio Daltoe Cezar. j. 28 fev. 2019. Acesso em 02 mar. 2019.

KRELL, Andréas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. A Constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v 1 e 2, 1983.



MALDONADO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do Possível. *In: Cadernos Jurídicos*. São Paulo, ano 16, nº 40, p. 189-212, abr.-jun./2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2013.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em: 02 nov. 2020.

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 24 out. 2020.

ONU. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3: Saúde e Bem-Estar**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3>. Acesso em: 09 nov. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo, ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69-86.

