# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

**JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA**

**JULIANA TEIXEIRA ESTEVES**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Juliana Teixeira Esteves – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-363-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência Social. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

---

## Apresentação

Nos 16 artigos aprovados e apresentados no GT o qual coordenamos, vislumbrou-se a preocupação dos autores com as alterações de reforma no sistema previdenciário, trazidas coincidentemente na mesma semana da abertura dos trabalhos do XXV CONPEDI – Curitiba, por meio da PEC n. 287/16. De forma mais direta ou subliminarmente, os artigos revelaram as mais diversas facetas de nossa política de proteção social, especialmente no que respeita à Previdência Social, à Saúde a à Assistência, perpassando, também, por outras temáticas tais como movimentos sociais, questões trabalhistas e outros temas. Com efeito, acredita-se que o espaço aberto pelo GT respectivo, já desdobrado em dois Grupos de Trabalho devido à grande procura, é o locus privilegiado de discussão das grandes questões que afetam, direta ou indiretamente, a Seguridade Social brasileira, mormente quando os direitos sociais são os primeiros a serem atacados quando das "crises" do capital. Vejamos um resumo de cada um deles.

No trabalho "A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE EM FACE DA CONVENÇÃO 155 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO", de Rodrigo Guilherme Tomaz , Merhej Najm Neto, os autores analisam a admissibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no sistema justrabalhista brasileiro, apontando as tendências jurisprudenciais, à luz da possibilidade de cumulação prevista na Convenção n 155 da OIT

No trabalho "A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO SOCIAL RURAL: DE PROGRAMA DE FEIÇÃO REDISTRIBUTIVA DO ESTADO A SOLUÇÃO PRO MISERO ADOTADA PELO PODER JUDICIÁRIO NA COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL, de Viviane Freitas Perdigao Lima, é analisada a previdência social rural como programa de transferência de renda, com enfoque aos julgados do STJ e a posição "in dubio pro misero" adotada.

No artigo denominado "ASPECTOS CRÍTICOS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O PREENCHIMENTO DE HIATOS NOS DIREITOS SOCIAIS", de Alvaro dos Santos Maciel e Rafael Gomiero Pitta, os autores avaliam o benefício de prestação continuada da LOAS como principal

política assistencial de transferência de renda para pessoas com deficiência vulneráveis, enfocando os limites da compreensão da “deficiência” para fins de elegibilidade a este programa.

A NATUREZA JURIDICA DA FUNDAÇÃO DE PREVIDENCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO – FUNPRESP, de Carolina Simão Odisio Hissa, José Eduardo Sabo Paes, é delineada a natureza jurídica da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público – FUNPRESP, apontando pelas perspectivas e possibilidades trazidas por esta forma de previdência.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS, SOCIAIS E ECONÔMICOS, de Jonas Albert Schmidt, o autor analisa os fundamentos que conduziram às reformas da Previdência no Brasil, a partir de sucessivos processos de alteração no sistema, enfocando especialmente o modelo neoliberal e desmistificando o “déficit” no sistema, apresentando sempre como fundamento para revisão do mesmo.

No artigo “A SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTROVERSIAS SOBRE A ASSISTÊNCIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Caroline Schneider , Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisam as três áreas que compõe a Seguridade Social, buscando demonstrar os equívocos ainda existentes pela falta de uma análise conjunta das áreas que compõe a seguridade social brasileira.

No artigo denominado “BREVE ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DESAPOSENTAÇÃO: DIREITO ADQUIRIDO OU FATOR AGRAVANTE DA CRISE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO?”, de Fernanda Heloisa Macedo Soares, a autora investiga o instituto da desaposentação, buscando demonstrar que, mesmo tendo o STF julgado em sentido contrário, ainda se trata de um direito do trabalhador pelas contribuições vertidas após sua aposentadoria.

No benefício denominado “DO AUXILIO ACIDENTE – ANÁLISE CRÍTICA DO BENEFÍCIO” de Bruno Valverde Chahaira, Maria Priscila Soares Berro, os autores analisam o benefício do auxílio-acidente, implantado no Brasil em 1976 através da Lei 6367 como auxílio-suplementar, verificando sofreu várias as alterações sofridas neste benefício, apontando as controvérsias existentes em torno deste. Verificam, também, a possibilidade de cumulação com outros benefícios e sua revisão do percentual, abordando a necessidade da reabilitação profissional para a concessão do benefício.

No artigo denominado “LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL”, de Mayara Ferrari Longuini , Rafael Junqueira Buralli, os autores investigam as políticas públicas sociais para prestação de serviços na área da saúde e os recursos materiais e financeiros, trazendo a discussão acerca dos recursos materiais limitados de que o Estado dispõe, em face do atendimento às infinitas demandas sociais que tem de suprir.

No artigo denominado “NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEU IMPACTO SOBRE A COMPREENSÃO DA LIBERDADE ASSOCIATIVA”, de Juliana Teixeira Esteves , Everaldo Gaspar Lopes De Andrade, é enfocada a liberdade sindical como direito fundamental com grande riqueza de complexidade, em razão do protagonismo na luta pela cidadania e da impregnação política das restrições ao seu exercício, apresentando a definição dos novos movimentos sociais e seu impacto sobre a compreensão da liberdade associativa.

No artigo “O AUXÍLIO-RECLUSÃO E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE”, apresentado por Rubiane Galiotto , Patricia Noll, as autoras analisam a relação existente entre a concessão do auxílio-reclusão e a aplicação do princípio da igualdade, verificando os critérios trazidos pela Emenda Constitucional nº 20/1998, tendo em vista que esta previu o requisito baixa-renda para a concessão do auxílio-reclusão.

No artigo denominado “O BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS) E A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF”, de Karla Kariny Knihs, a autora analisa o benefício de amparo assistencial da LOAS, apontando pela a necessidade de adequação dos critérios de renda e deficiência ao idoso que comprove a necessidade deste benefício, à luz dos precedentes do STF. Evocam a necessidade de o INSS também se adequar a estes critérios.

No artigo denominado “O DIREITO FUNDAMENTAL DE ENVELHECER COM DIGNIDADE”, de Leticia Maria de Oliveira Borges , Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, as autoras avaliam o aumento do número de aposentados no Brasil, buscando analisar como a sociedade vem tratando a questão do envelhecimento e a relação com a Seguridade Social.

No artigo denominado “O PAPEL DO PROCURADOR FEDERAL NAS AÇÕES REGRESSIVAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO: CONTRIBUTO AO ESTADO DE DIREITO MATERIAL ABERTO A UMA PLURALIDADE DE CONCRETIZAÇÕES”, de Roberta Terezinha Uvo Bodnar , Geralda Magella de Faria

Rossetto, as autoras analisam a atuação do Procurador Federal nas ações regressivas acidentárias, verificando a importância da atuação do Procurador Federal, como a prevenção dos acidentes de trabalho, estudando os pressupostos, competência, provas, pedidos, inclusive possibilidade de acordo, entre outros relacionados à ação regressiva acidentária.

No artigo "OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ESTADO PÓS-NEOLIBERAL", de Renata Albuquerque Lima , Ysmênia de Aguiar Pontes, as autoras investigam os Estado Liberal e Neoliberal, indagando sobre a possibilidade de manutenção dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas nesta nova configuração que se apresenta, especialmente em face dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais enquanto partícipes daqueles.

No artigo denominado "A PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA COMO LIMITADORA DE DIRETOS SOCIAIS: A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM MODELO PERICIAL COMPLEXO", de Paulo Roberto Álvaro Grafulha Júnior , José Ricardo Caetano Costa, os autores avaliam o sistema pericial realizado no âmbito das políticas públicas de seguridade, especialmente nas de feição previdenciária, apontando pelos limites da pericia médica tradicional, em busca da construção de um método pericial complexo ou biopsicossocial.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Dr. Juliana Teixeira Esteves - UFPE

# LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

# LIMITS AND POSSIBILITIES FOR ACCOMPLISH THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH FACED WITH THE PRINCIPLES OF RESERVE FOR CONTINGENCIES AND EXISTENCIAL MINIMUM

**Mayara Ferrari Longuini** [1]
**Rafael Junqueira Buralli** [2]

**Resumo**

O direito à saúde enfrenta dificuldades na sua efetivação. Para criar políticas públicas sociais para prestação de serviços na área da saúde, o Estado necessita de recursos materiais e financeiros, trazendo a discussão acerca dos recursos materiais limitados de que o Estado dispõe, em face do atendimento às infinitas demandas sociais que tem de suprir. Assim, faz-se mister a ponderação entre o mínimo existencial, conforme os preceitos constitucionais garantidores da dignidade humana, e a reserva do possível, limitadora da ação administrativa. No limiar da controvérsia entra o Poder Judiciário, onde o cidadão busca a efetivação de suas garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Reserva do possível, Mínimo existencial

**Abstract/Resumen/Résumé**

The right to health is facing difficulties in its execution. To create social policies to provide services in health care, the state needs material and financial resources, bringing the discussion about limited material resources that the State has, in view of meeting the endless social demands that have to meet. Thus, it becomes necessary to the balance between the existential minimum, according to the constitutional provisions guaranteeing human dignity and reserve for contingencies, limiting the administrative action. In the controversy threshold enters the courts and citizens seeking the realization of their fundamental guarantees.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Reservation possible, Existential minimum

---

[1] Mestre e doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

[2] Mestre e doutorando em Ciências pelo Departamento de Saúde Ambiental da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo – FSP USP.

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde como direito fundamental social, é tema importante a ser debatido, não só pela abrangência do próprio tema saúde, que goza de alta complexidade entre os seres humanos, mas principalmente em relação à efetividade da garantia constitucional.

O centro da discussão está diante da ponderação entre valores analisando até que ponto o Estado, dentro de suas limitações, consegue efetivar este direito a todas as pessoas e como garantir saúde a um indivíduo sem prejudicar a coletividade, levando em consideração que os recursos são finitos e as necessidades, infinitas.

A prática frequente de demandar judicialmente para exigir do Estado a prestação à saúde, como medicamentos, atendimento médico, melhor e maior infraestrutura e profissionais da área sanitária, tem feito com que o Poder Judiciário decida com relação a esta matéria em que se coloca em jogo a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Este artigo tem por objetivo analisar o direito à saúde, contextualizando-o na Constituição Federal de 1988, caracterizando-o e tratando de sua fundamentalidade social. Nesse sentido, o direito à saúde chama atenção por trazer consigo dois aspectos relativos à caracterização como direito social fundamental. O aspecto individual, atingindo a esfera do direito à liberdade, como por exemplo, o direito de um doente a medicamentos, a um determinado tratamento médico, ou seja, a proteção à própria vida, à integridade física e a dignidade daquele indivíduo; e o aspecto social, atingindo a esfera do direito à igualdade, como por exemplo, o direito de uma comunidade a medicamentos, atendimento nos postos de saúde, ao saneamento básico, isto é, garantia de prestação de serviços públicos para toda população.[1]

A sociedade não pode ter sua garantia constitucional à saúde prejudicada, em detrimento de um único cidadão. O princípio da solidariedade chama a cada um o dever de contribuir coma formação de uma sociedade mais justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito.[2] Da mesma forma, a sociedade também não pode ficar desamparada, sem atendimento médico, tratamentos, cirurgias, medicamentos, diante do argumento de escassez de recursos financeiros do Estado.

---

[1] WEICHERT, Alberto Marlon. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.p.114-115.

[2] LEAL, Rogério Gesta. *A Quem Compete o Dever de Saúde no Direito Brasileiro? Esgotamento de ...* Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 08 Jan 2016. p.17.

Nesse sentido, desenvolve-se a discussão da falta de efetividade do direito à saúde, com breves reflexões sobre os limites e barreiras que esta garantia constitucional enfrenta por depender de prestações positivas do Estado para sua implementação.[3] Os principais obstáculos são o da escassez dos recursos públicos, limitações orçamentárias, entre outros obstáculos, como a chamada "reserva do possível", os quais não devem ser usados como simples argumentos, sob pena de esvaziamento do direito à saúde, "(...) eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima (...).".[4]

É nesse liame que começa-se a se estabelecer os parâmetros norteadores da atuação estatal na busca da efetividade dos preceitos cultuados pela sociedade[5]; surgindo, assim, o conflito entre o texto constitucional e a intervenção estatal para sua efetivação através das políticas públicas na área da saúde, na tentativa de assegurar, pelo menos, o "mínimo existencial"[6]. Será ainda colocado em pauta, como contraponto, o princípio da "reserva do possível", cujo conteúdo fortalece o argumento de que a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais depende da capacidade financeira do Estado, isto é, são os recursos materiais que dosam a possibilidade de realização das prestações estatais.[7]

Para tanto, o método utilizado será o hipotético-dedutivo, tendo em vista que serão abordadas teorias que tratam das normas fundamentais quanto à sua eficácia e efetividade.

## 1. FALTA DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Sabe-se que a Constituição Federal é um corpo de normas jurídicas, que traduzem os anseios e propósitos da sociedade, transformando-os em regras impositivas, comandos que obrigatoriamente devem ser cumpridos e respeitados por todos, cidadãos e órgãos do Poder.[8]

---

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.280.

[4] LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 158.

[5] "(...) acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 254.

[6] BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 7 de maio de 2016. p.6.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem, p. 29.

[8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.* São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 11.

A doutrina classifica de diferentes formas as normas sob o enfoque da eficácia. Uma regra constitucional pode gerar efeitos imediatos para os administradores, pode ser autoaplicável ou pode depender de posterior regulamento.

Nesse sentido, não se pode confundir o conceito de eficácia com efetividade. Importante distinguir: a eficácia consiste na capacidade que uma norma tem de valer perante a sociedade, ou melhor, o potencial que uma norma estabelecida pela Constituição possui para produzir efeitos jurídicos; a efetividade se traduz no desempenho concreto, na materialização no mundo dos fatos, fazendo com que o conteúdo da regra posta pela Carta Maior se torne ações concretas.[9] Portanto, "a efetividade deve estar necessariamente vinculada à preexistência da eficácia de uma norma".[10]

Cabe ainda distinguir dois termos usados por muitos autores: a eficácia jurídica da chamada eficácia social, que se refere à ao reconhecimento e cumprimento efetivo pela sociedade, e nada mais é do que a efetividade, ou seja, é a "concretização do comando normativo e sua força operativa no mundo dos fatos." [11].

A teoria acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, desenvolvida pela doutrina norte-americana, classifica essas normas, quanto à sua eficácia, em *self-executing* e *not self-executing,* expressões que podem ser traduzidas em autoaplicáveis, "desde logo aplicáveis porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos que cogitam", e não autoaplicáveis, as que "dependem de legislação infra-constitucional para serem aplicadas".[12]

A par disso, tomando por base a teoria clássica, José Afonso da Silva classificou as normas constitucionais, quanto à eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.[13]

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem diretamente todos os seus efeitos; as de eficácia contida tem efeitos podem que podem ser limitados por regramento ulterior e as de eficácia limitada, cujos efeitos

---

[9] SILVA. José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56.

[10] KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes como o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 77.

[11] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 82.

[12] SILVA. José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.73-76.

[13] SILVA. José Afonso da. Ibidem, p.84-85.

essenciais dependem de ulterior legislação. Estas, ainda, se subdividem em normas constitucionais de princípio institutivo e de princípio programático. [14]

Nessa esteira, o direito fundamental social à saúde estaria classificado entre as normas de eficácia limitada de caráter programático, as quais traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos públicos como meios de alcance à finalidade social do Estado.

Noutro vértice, mas de forma semelhante, Luís Roberto Barroso separa as normas, classificando-as normas em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. Contudo, entende que os direitos fundamentais sociais estão inseridos nas normas constitucionais definidoras de direito, que ainda se subdividem em normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependendo apenas de uma abstenção; normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado (o direito à saúde e à educação), e que conferem direitos subjetivos aos titulares, ainda que sujeitos a algumas limitações; e normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, onde se encontram os demais direitos sociais, econômicos e culturais.[15]

A Constituição determina no parágrafo primeiro do seu artigo 5° que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* Esse dispositivo constitucional deixa clara a intenção do legislador em outorgar às normas de direitos fundamentais, inclusive os sociais, uma normatividade reforçada, não dependendo assim, de legislação infraconstitucional para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos.[16]

Nesse contexto, Ingo Wolfang Sarlet entende que todas as normas relativas a direitos fundamentais são dotadas de um mínimo de eficácia, podendo se afirmar que é dever do poder público extrair das normas que consagram tais direitos, a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais. [17]

De acordo com a doutrina da efetividade[18], Luís Roberto Barroso explica que as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade, impondo comandos, ou

---

[14] SILVA. José Afonso da. Ibidem, p. 86.

[15] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 90.

[16] SARLET. Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituiçao de1988.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°.11, serembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 de setembro de 2016. p.11.

[17] SARLET, Op. Cit., p.54.

[18] Sobre o tema, v. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas,* 2006. p.73-86.

seja, "se está na Constituição é para ser cumprido".[19] Assim, quando tais normas são violadas, o titular do direito lesado pode ir a juízo postular reparação mediante os mecanismos processuais próprios de tutela individual e tutela coletiva de direitos.[20]

Enquanto a maior parte dos direitos de liberdade é registrada como normas constitucionais que se auto-executam, os direitos sociais são contemplados como normas programáticas, que "têm por objeto traçar fins públicos a serem alcançados pelo Estado" [21] e que não só precisam ser seguidas por lei, mas também de modificações econômicas, sociais, administrativas e outras, de acordo com as limitações econômicas.

Vale dizer, as normas fundamentais são dotadas de eficácia plena, produzindo efeitos imediatamente quando postas no plano jurídico, e o direito à saúde possui característica dupla: de cunho defensivo e de cunho prestacional. E, por este direito ser direito fundamental e social, é que ele produz efeitos imediatos no plano jurídico, mas também necessita para sua efetivação, que o Estado realize tarefas, despende dinheiro, crie políticas públicas, invista em pesquisa, construa mais hospitais, contrate mais profissionais da saúde, enfim, necessita que o Estado cumpra seu papel social, buscando o bem comum.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à saúde pode ser classificado como direito de defesa, na sua forma negativa, "no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e por parte de terceiros na saúde do titular", como também na sua forma positiva, que é o dever do Estado de promoção à saúde, "impondo a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito, para a população, tornando, para, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames dos mais variados tipos, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta desse direito à saúde".[22]

Este perfil prestacional que possui o direito à saúde e também a maior parte dos direitos fundamentais sociais, é problemático no que se refere à sua efetividade, pois, para sua

---

[19]BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2016. p.5.

[20] BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ibidem, p.6.

[21] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 90.

[22] SARLET. Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de1988.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°.11, serembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 de setembro de 2016. p.8.

realização, reclamam prestações materiais do Estado. Por conta do aumento quantitativo e qualitativo das demandas, especialmente no que se refere à concretização das promessas constitucionais em relação à saúde, existe este descompasso entre as obrigações e a dificuldade de sua realização prática.

Ocorre que, como os demais direitos que exigem prestações positivas do Estado, o direito à saúde, por sua complexidade, enfrenta dificuldades particulares para sua efetivação, sendo uma das mais frequentes críticas, o fato de que muitas correntes doutrinárias sustentam-se no fato de que a norma constitucional do direito à saúde foi positivada na forma de norma programática. Circunstância esta que justificaria impossibilidade de exigir do Estado prestação de serviço na área da saúde ou fornecimento de medicamento, já que a lei constitucional defere estas tarefas aos órgãos executores de políticas públicas.[23]

Advogando com esta linha de raciocínio, pode se afirmar que não seria razoável exigir do Estado o fornecimento de um medicamento de alto custo para um cidadão que esteja com sua vida ameaçada, sendo que outros cidadãos, com iguais direitos, e com as mesmas carências e necessidades fiquem sem seus medicamentos de custo médio, porém não menos prescindíveis.

Com efeito, dois outros argumentos na seara financeira, são contrários à aplicabilidade imediata desse direito, e se revelam robustos: a escassez dos recursos econômicos e a reserva do possível. Isso porque, para que se promovam as políticas públicas que a lei constitucional menciona, é necessário que o Estado se organize quanto ao seu orçamento e despenda dinheiro.

Ingo Wolfgang Sarlet,[24] observa que os direitos sociais, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação e por isso enfrentam assim o obstáculo da escassez dos recursos públicos, que são sempre menores que as necessidades.

De fato, as necessidades sociais são tantas que os recursos públicos tornam-se insuficientes para atendê-las, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis, por exemplo, para que o investimento de recursos na construção de novos leitos, não possa implicar o não investimento em prevenção de doenças.

---

[23] BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2016. p.22.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.280.

Tendo em vista a necessidade de desenvolver políticas públicas para garantir o direito à saúde, "cabe ao Poder Legislativo, elaborar leis, inclusive orçamentárias, e ao Poder Executivo, através da definição de prioridades e escolha dos meios para sua realização".[25]

Isso significa que a administração pública é a responsável por construir critérios razoáveis e equilibrados para atender a demanda massiva e crescente de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente, ou então isto deverá ser feito sob determinação judicial.

## 2. O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial "compreende o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável".[26] Como premissa básica para qualquer realização maior, o mínimo existencial, gravita em torno da dignidade da pessoa humana em defesa e proteção de condições mínimas à sobrevivência humana, para preservação prioritária do direito à vida.[27]

Embora não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana, sendo, em verdade, uma de suas aspirações cogentes, tendo os tribunais pátrios, inclusive os superiores, eleito a garantia do mínimo existencial como a realização fática do princípio da dignidade humana.[28]

Vale dizer, quando estamos diante de um direito fundamental social como o direito à saúde, o mínimo existencial é o instituto que sustenta a efetividade deste direito, em sua forma mais básica de realização no mundo fático. É o mínimo de realização fática que se pode admitir.

Com efeito, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentos têm eficácia plena e imediata, conforme amiúde citado, sendo prescindível a atuação do legislador ordinário para que se aplique concretamente seu conteúdo. Com os direitos sociais, mormente no que tange à saúde, afere-se a mesma regra, cumprindo ao Estado-Juiz, enquanto intérprete

---

[25] LIPPEL, Alexandre Gonçalves. *O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/ viewFile/ 15657/ 15221 >. Acesso em 17 de junho de 2016. p. 4.

[26] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.25.

[27] Idem.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem, p.26-27.

e guardião da Constituição, verificar, no caso concreto, o grau de aplicabilidade necessário à concretização desses princípios constitucionais [29].

Canotilho é quem melhor aclara a matéria, esclarecendo que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê." [30]

Como se vê, a delimitação do conteúdo e a aplicação do mínimo existencial como garantia fundamental é tarefa do estado não só enquanto planejador de políticas públicas (o que faz surgir o conflito entre os princípios da dotação e autorização orçamentária e da reserva do possível), como também – e principalmente – do Estado-Juiz, que deve direcionar a realização fática da norma constitucional ao caso concreto.

Esclarecendo a questão, sobreleva notar que o mínimo existencial não está ligado somente à sobrevivência do indivíduo na sociedade, antes deve deparar-se com os valores sociais de integridade e satisfação. Mínimo existencial não significa exclusivamente subsistência, mas também a garantia de todos os meios necessários para que o cidadão realize-se enquanto ser humano, dentre eles as garantias ao trabalho digno, à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, à segurança, enfim, a todos os direitos e garantias fundamentais em sua plenitude, incluindo-se, por certo, os direitos sociais.

Sobreleva notar ainda, conforme bem esclarece Rogério Gesta Leal, que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um conceito fixo e absoluto, possuindo uma "significativa natureza relacional em face do tempo e do espaço." [31]

---

[29] (...) 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de **mínimo existencial**, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (STJ - AgRg no REsp 1136549/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgado em: 08/06/2010. Publicado no DJe em: 21/06/2010.

[30] Complenta Canotilho: "É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1208.

[31] Assevera LEAL: "(...) Veja-se que o mínimo existencial na África é diferente do mínimo existencial na Suíça; o mesmo ocorre em face do interior do Maranhão e da Paraíba relacionado com o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva da escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza. Mesmo eventos imprevistos, provocados por causas fortuitas ou de força maior – como desastres naturais – podem alterar em muito a especificidade do mínimo existencial." LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92-93.

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, citado por LEAL, "é cada dia mais difícil estremar o mínimo existencial, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare, Nutzenmaximierung*)", que, segundo assevera, "é princípio ligado à idéia de justiça e aos direitos sociais" [32].

Há que se considerar ainda os vários entendimentos doutrinários acerca efetivação destes direitos substanciais à existência do indivíduo, havendo, de um extremo a outro, posições que vinculam o atendimento do mínimo existencial à existência dos recursos estatais necessários à sua implementação (ou à disponibilidade de tais recursos, em maior o menor grau, e, nisso, obedecida essa gradação na efetivação dos direitos que consubstancia), até aquelas que defendem uma radical subsunção dos recursos públicos ao atendimento primordial do mínimo existencial, relegando a segundo plano as demandas que não se enquadrem nesse conceito.

Tais considerações mostram-se de fundamental importância para o entendimento do conflito que se põe entre a atuação administrativa do Estado (que não possui recursos necessários ao atendimento das demandas sociais em sua integralidade), em face de sua função primordial, justamente esta que não consegue cumprir. Entra em cena então a ponderação do administrador em distinguir o atendimento das demandas oriundas dos setores emergenciais (ou primários) da condição humana (os direitos de primeira geração), daquelas inerentes aos denominados direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais). Estes, por certo, são preteridos na alocação de recursos públicos, fundamentando-se o Poder Executivo no princípio da reserva do possível.

Significa dizer então que o Estado Administrador deixa de realizar as funções primordiais de atendimento social (especialmente as demandas individuas específicas de saúde, que refogem aos padrões para os quais reserva a alocação de recursos nessa área), fundamentando-se no princípio da reserva do possível, que acredita autorizá-lo a alegar ausência de erário suficiente à consecução integral dos direitos e garantias fundamentais (mínimo existencial), nesse tocante, como razão plausível da impossibilidade do fornecimento de medicamentos específicos, por exemplo.[33]

---

[32] TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. Op. cit., p. 32. *In* LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

[33] "(...) em regra, a perspectiva de mínimo existencial que chega, por exemplo, ao Judiciário, para fins de proteção, apresenta-se centrada – geralmente – numa ótica individual, sem levar em conta as dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie (cada qual quer o SEU direito à saúde, não importante se, para atendê-lo, ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos) (...).". LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

Não se está dizendo que as demandas individuais de grande complexidade, que excepcionem as situações emergenciais corriqueiras, ou aquelas cujo tratamento demandem altas somas em recursos públicos, devam ser desprezadas de plano, porquanto implicariam no atendimento do direito individual à saúde em detrimento do direito coletivo (à saúde). Não é o que se afirma. Necessário que se faça a devida ponderação de interesses, aplicando-se o que Hesse chama de "princípio da concordância prática" ou da "harmonização". Nesse sentido, a explicação de Rogério Gesta Leal:

> (...) Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.[34]

Logo, o bem jurídico maior tutelado pelo Estado Democrático de Direito, que é a vida de determinado cidadão, deve ser ponderado em face do bem jurídico saúde pública da Sociedade como um todo, que o Estado tem o mesmo dever de tutelar.

Sob estes aspectos, independente de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial está contido nos vários princípios e objetivos da nossa Constituição da República, que, além dos próprios direitos sociais específicos, como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros, assegurou a concretização e garantias mínimas para estes diretos.

Importante ressaltar que a garantia do mínimo existencial não é quantitativa, qualitativa, ou taxativa, ainda mais em se considerando as peculiaridades e a extensão dos direitos fundamentais sociais em geral e o direito à saúde em particular. É por isso que se faz necessária a identificação do núcleo essencial do direito, que vai variar de acordo com seu conteúdo normativo, sujeito passivo e particularidades do caso concreto. O que irá definir o mínimo existencial, portanto, será uma análise da necessidade de cada pessoa, seu núcleo familiar e todo contexto em que se encontra a situação fática.[35]

Verifica-se tal entendimento na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal em julgamento pelo Ministro Celso de Mello da arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 45/DF. [36]

---

[34] LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 153.

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.20-21.

[36] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua

Nessa esteira, "sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada reserva do possível e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo", [37] razão pela qual, é imprescindível que se analise e se reflita sobre o instituto do mínimo existencial e sobre o instituto da reserva do possível, para devida ponderação entre tais princípios e a efetividade do direito à saúde.

## 3. A RESERVA DO POSSÍVEL

Originado na Alemanha, o princípio da reserva do possível traduz a ideia, de que a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais dependem da capacidade financeira do Estado, ou seja, são os recursos materiais que dosam a possibilidade de realização das prestações estatais.[38] Desta forma, para que uma norma outorgue direitos e deveres aos seus destinatários, é necessário que existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito ou a execução da obrigação. Essa condição é fator para a cláusula da reserva do possível.

É nessa esteira que Ingo Wolgang Sarlet e Mariana Filshtiner Figueiredo sustentam que a reserva do possível é composta por três dimensões: a existência do direito fundamental, dos recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação. [39]

---

própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. STF – Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45/DF. Decisão Monocrática. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 29/04/2004. Publicado no DJ em: 04/05/2004.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.27.

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.29.

[39] (...) a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas

Sobreleva notar, então, que a reserva do possível não está ligada somente à escassez de recursos estatais para a realização do pleito deduzido perante a Administração em questão de política pública, mas também, e fundamentalmente, à razoabilidade da pretensão, tanto em razão dos custos inerentes à sua consecução, como em face da relevância do bem da vida que por meio dela se pretende proteger. Ou seja, a reserva do possível não só atua como limitadora do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais, mas pode atuar também como argumento a favor para garantir estes direitos. Como, por exemplo, em uma situação em que há conflito de direitos e se está diante da escassez de recursos, faz-se necessário então, com base no princípio da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, invocar a reserva do possível para salvaguardar a parte vital de outro direito fundamental.[40]

A reserva do possível antes mesmo de ser interpretada como obstáculo à efetivação do direito à saúde, deve viger como uma mandado de otimização do direito, impondo ao Estado o dever promover, tanto quanto possível, as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em questão, o que pode ser traduzido como garantia do mínimo existencial, bem como reconhecimento da proibição do retrocesso.

Não se admite redução do mínimo existencial a um mínimo apenas fisiológico ou vital. No que tange o direito à saúde, a intenção do Constituinte de 1988 mostra-se em harmonia com o conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), cuja definição de saúde, anteriormente citada, engloba muito mais que a mera ausência de doenças, mas sim, um completo bem-estar físico, mental e social. Nesse diapasão, há que se respeitar a realidade circundante (cultural, social, geográfica, climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular do direito, para que se beneficie com as políticas públicas de promoção e proteção da saúde.[41]

Quanto menor a disponibilidade dos recursos materiais, mais se impõe uma deliberação para a destinação responsável e gestão do orçamento público. O orçamento prevê e autoriza as despesas para implementação das políticas públicas, as quais envolvem todos os instrumentos de ações do governo com objetivos políticos e sociais.

---

e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadram também de sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira instransponível, mas inclusive como ferramental para garantia dos direitos sociais de cunho prestacional. SARLET, Ingo Wolfgang. p.30.

[40] SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem, p.30.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem, p.40.

Oportuno apontar que, a par da discussão em torno da aplicabilidade das normas atinentes a direitos sociais, é certo que na realização e na concretização efetiva e prática do direito à saúde, o qual necessita de prestações positivas, não há como escapar dos elementos e condições materiais, especialmente financeiros, que nunca serão suficientes para atendimento igualitário e universal a cada um dos indivíduos.

Fato é que a escassez de recursos materiais, e principalmente a insuficiência financeira, existe e deve ser administrada pelo poder público. O que não se pode admitir é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada como argumento impeditivo e como desculpa genérica para a omissão estatal diante da intervenção judicial.[42]

Como se vê, a alegação genérica de que a atuação direta do Poder Judiciário nas políticas públicas que visem ao atendimento do mínimo existencial macularia o princípio da separação dos poderes não pode prosperar, sob pena de malferimento do princípio da dignidade humana, pilar do Estado Democrático de Direito [43]. Da mesma forma, não é lícito à Administração apoiar-se no princípio da reserva do possível para justificar sua inércia na implantação de políticas públicas que atendam a esse mínimo existencial, porquanto o erário deve ser prioritariamente empregado no saneamento das condições existenciais básicas do

---

[42] Esclarecedora, por oportuno, a lição do Ministro Celso de Mello, *verbis*: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.
É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)"
STF – Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45/DF. Decisão Monocrática. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 29/04/2004. Publicado no DJ em: 04/05/2004.

[43] (...) se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados" (STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito . 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 44).

cidadão (direitos fundamentais de primeira e segunda geração), para, somente então, planejarem-se, com os recursos excedentes, ações tendentes à consecução das demais atividades inerentes ao Estado.

Assim, o mínimo existencial, opera apenas como parâmetro mínimo para efetivação do direito à saúde e também dos demais direitos fundamentais, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais.

Em que pese tais considerações, o princípio da reserva do possível parece ganhar mais força quando conjugado com o princípio da seletividade e distributividade das prestações, previsto no artigo 194, III, da Constituição Federal.

Como anteriormente exposto, a seguridade social vem definida no artigo 194 da Constituição, acompanhada pelos princípios que norteiam a sua organização nos incisos constantes do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, traçados como verdadeiros objetivos a serem alcançados pela seguridade.

Cientes da relevância do princípio da universalidade (segundo o qual todos devem ter acesso aos benefícios e serviços no campo do direito à saúde), e levando-se em conta o princípio da igualdade (que estabelece a equalização das desigualdades como forma de superar as discrepâncias econômicas, sociais e culturais), temos que a busca pela seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, conforme previsão ínsita no inciso III do artigo 194 da Constituição Federal converge com o princípio da reserva do possível.

Com efeito, destas simples considerações, já se mostra possível concluir que, em tese, nem todos serão beneficiados pelos recursos destinados à saúde. Tal fato decorre justamente da aplicação fática da reserva do possível, consubstanciada na planificação das políticas públicas, em cujo processamento dá-se a configuração material da seletividade, na escolha dos tratamentos eleitos para a alocação dos recursos disponíveis, e da distributividade, na quantificação dos recursos a serem destinados a cada uma das áreas delineadas.

O princípio da seletividade e da distributividade das prestações se relaciona com o princípio da reserva do possível, pois ambos estão atrelados justamente com a questão da alocação dos recursos. Assim, tais postulados norteiam a Administração na escolha das formas de execução das políticas públicas e de alocação dos recursos a serem aplicados na área da saúde.

Sabe-se que a distribuição de benefícios sociais deve ser a mais abrangente possível, buscando atender o maior contingente de necessitados, de acordo com os recursos financeiros disponíveis para contemplar as camadas sociais mais carecedoras, com exceção do acesso à

saúde, que deverá alcançar, indistintamente, todos aqueles que dela precisem, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

Nessa esteira, seletividade e distributividade, previstos como objetivos a serem alcançados na outorga dos benefícios e serviços sociais, sustentam a ideia e que o princípio da universalidade é uma meta a ser alcançada, delimitando-se, a partir de tal corolário, um caráter programático. Consoante Sérgio Pinto Martins [44], a lei é que irá escolher, sob um critério político, quais os benefícios e os serviços a serem prestados, bem como a que pessoas devem sê-lo.

Desse modo, verifica-se que a capacidade econômica do Poder Público limita essa universalidade de atendimento e dá abertura ao princípio da seletividade, cuja aplicação prática constitui-se no processo de seleção das prestações que melhor atendem aos objetivos da Seguridade Social, cumulativamente com o princípio da distributividade, cuja preocupação constitui-se em atender aos mais necessitados.

Em verdade, a questão do direito individual à saúde, em contraposição ao direito de todos, mostra-se extremamente conflitante. Mostra-se palpável essa dissonância quando defronta-se com a situação de determinada pessoa que, necessitando de determinado medicamento ou tratamento indisponível na rede pública, pleiteia judicialmente a concessão do benefício, e o administrador alega a impossibilidade de fornecê-lo, sob pena de sacrifício dos recursos destinados à compra dos medicamentos básicos.

A respeito deste tema, Rogério Gesta Leal[45] defende que, quando o assunto é saúde pública, seus mecanismos e instrumentos necessários, é imperioso que se leve em consideração a demanda social e universal existente, e não somente aquela demanda em particular que irá ser julgada pelo Poder Judiciário de forma isolada, sob pena de esvaziar-se o atendimento dos outros, que não acorreram ao Poder Judiciário para pleitear determinado medicamento ou tratamento de saúde.

É forçoso insistir que todo e qualquer exercício de direitos sociais, e especialmente no que toca à prestação e promoção da saúde pelo Estado, está envolvido o gasto de recursos públicos, sendo que a transferências desta arena de debates ao Judiciário envolverá o juízo de ponderação entre princípios, correndo-se o risco de esgotar-se o estado de bem-estar antes mesmo de garantir um padrão mínimo de segurança social.

---

[44] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.54.

[45] LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

A ingerência do Judiciário no mérito da seletividade e distributividade, tarefa precípua do Poder Executivo, implicará inexoravelmente em interferência nas políticas públicas pré-estabelecidas segundo esses mesmo princípios, invertendo-se a ordem dos poderes constituídos. Nesses termos é que Leal [46] afirma o papel concorrente da família no custeio do tratamento do doente, na medida de suas possibilidades, tirando do Estado a responsabilidade absoluta nesse tocante, em face também da questão da escassez de recursos.

Como mencionado anteriormente, e em consonância com a linha de raciocínio de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo [47], a reserva do possível deve ser avaliada levando-se em consideração que, além dos aspectos de ordem financeiro-orçamentária, forma estrita, tem-se que levar em conta outros aspectos materiais, de infra-estrutura preventiva, como vacinas, campanhas, saneamento básico, atendimento médico para realização de exames periódicos, acompanhamento de paciente, bem como a disponibilidade de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, enfim, toda uma infra-estrutura necessária para promover à saúde, mas não pode bloquear a plena eficácia do mínimo existencial, que dependerá de um exame apurado de cada caso em concreto.

Assim, Sarlet e Figueiredo esclarecem que para fundamentar a decisão judicial é necessário que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade sirvam de discernimento.[48]

É dentro desta perspectiva que a reserva do possível pode ser aplicada, cabendo à Administração o ônus da prova da efetiva falta de recursos, demonstrando ainda, a aplicação eficiente dos recursos disponíveis, para que o Magistrado, atuando como Estado-Juiz, sob o crivo da proporcionalidade, pondere os princípios em jogo, para enfim, decidir o conflito postulado em juízo.[49] No caso de não comprovação à efetiva lesão à ordem econômica, a Administração estará obrigada a fornecer o direito à saúde pleiteado.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou trazer pontos importantes quanto aos limites e possibilidades deste direito como garantia constitucional. Trazendo à discussão a aplicabilidade do direito à

---

[46] Idem.

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.44.

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.44.

[49] SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem, p.31-33.

saúde, fincando demonstrado que as normas fundamentais são dotadas de eficácia plena, produzindo efeitos imediatamente quando postas no plano jurídico, mormente porque o direito à saúde, mesmo possuindo caráter de norma programática, não pode ser reduzido à promessa constitucional, devendo ser reconhecido como direito subjetivo e fundamental exigível em Juízo.[50]

Nesse sentido, ficou claro o direito à saúde possui características de cunho defensivo e de cunho prestacional, ou seja, o direito à saúde produz efeitos imediatos no plano jurídico, mas também necessita para sua efetivação, prestações positivas do Estado.[51]

No que toca a ponderação de valores, nos casos de conflito ou concorrência de bens constitucionalmente protegidos, deve ser tratado de maneira que a satisfação de um problema imediato não inviabilize centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este. Obedece-se para isso, o princípio da proporcionalidade,[52] na tentativa de balancear os princípios, valores e interesses, como a vida do requerente, a vida dos demais doentes, diante das limitações econômicas e escassez de recursos materiais.

Conforme exposto ao longo do trabalho, conclui-se que o direito à saúde não pode ser negligenciado por incompetência administrativa nem pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos financeiros estatais, pois existe um dever constitucional de investir em recursos e até mesmo em limites e pisos para serem investidos na área da saúde, [53] que de suma importância para o ser humano, já que é o grande alicerce da mantença da vida.

Melhor caminho seria que as administrações trabalhassem em conjunto, revertendo o quadro da escassez de recursos materiais e das limitações econômicas, isto é, ao invés de serem obstáculos, deveriam ser levadas a favor e não contra a realização de políticas públicas, promoção e proteção da saúde. A gestão do orçamento com a máxima eficiência resulta em mais cidadania e ampliação do bem-estar da sociedade. [54]

---

[50] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.328-329.

[51] BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 7 de maio de 2016. p.22.

[52] ALEXY, Robert apud LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 153.

[53] SARLET, Ingo Wolfgang. Em sua colaboração para audiência pública no STF sobre a saúde. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf. Acesso em: 08 de Jan . 2016.p. 9.

[54] AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.98.

Com efeito, as necessidades são infinitas e os recursos materiais são finitos. Sabendo que o Estado deve garantir o direito à saúde por meio de prestações materiais, a melhor forma de o Estado desempenhar essa função que lhe foi determinada pela Constituição Federal de 1988 (cidadã, social, paternalista, programática...), é por meio de gestão e criação de políticas públicas sócias e assistenciais na área da saúde, inseridas em um contexto de práticas administrativas e econômicas com a finalidade de gastar o dinheiro com eficiência, evitando o desperdício para, assim, abranger um maior número de pessoas necessitadas, zelando pela justiça social.[55]

Em face de tudo isso, restou enfatizado que o Poder Judiciário deve ser sensível para conciliar todas as dimensões do direito à saúde, na medida em que, em todas as situações que o argumento da reserva do possível e demais objeções de ordem material e gerencial (por parte do Estado) ao direito à saúde, esbarrarem no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou, ainda, nas hipóteses em que as análises dos bens constitucionais conflitantes resultarem na prevalência do direito à saúde. Ainda morrem cidadãos nos corredores e filas dos hospitais de todo Brasil. Há direitos de obrigação ético-jurídica por parte do Estado. Os cidadãos, verdadeiros donos do poder, não conseguem ser atendidos a contento.

No mais, a pesquisa não se esgota a partir da análise aqui edificada. Existem várias inquietações que se encontram presentes e que deságuam em um conjunto de possibilidades de realização de novos estudos e ações, as quais podem ser colocadas em prática, num desejo coletivo de concretamente os poderes republicanos cumprirem as promessas constitucionais básicas ainda não efetivadas integralmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos* .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.* São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

[55] TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.62.

BARROSO, Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2016.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais.* Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15658/15222>. Acesso 14 de agosto de 2016.

BOBBIO, Noberto; COUTINHO, Carlos Nelson, trad. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 254.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

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

_____. *Direito à saúde. Leis n°s 8.080/90 e 8.142/90. Coleção Leis Especiais para Concursos. Coordenação: Leonardo de Medeiros Garcia. V.20.* Bahia: JusPODIVM , 2009.

KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes como o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional.* Rev. Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 1, 2008. Disponível em:<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 08 Jan 2016.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. *O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15657/15221>. Acesso em 17 de junho de 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituiçao de 1988.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°.11, serembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.*7.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos* .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Malheiros, 6. ed. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula de Barcellos* .2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.