

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

CÁTIA REJANE MAINARDI LICZBINSKI

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

JULIA MAURMANN XIMENES

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cátia Rejane Liczbinski Sarreta; Cristhian Magnus de Marco; Julia Maurmann Ximenes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-732-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas do CONPEDI continua sendo procurado para a discussão da produção científica sobre esta relevante problemática. Em Porto Alegre foram três grupos. O primeiro deles (GT I) foi coordenado pelos professores Cátia Rejane Sarreta, Cristhian Magnus de Marco e Julia Maurmann Ximenes.

Em 2018, ano que a Constituição completou 30 anos, mais uma vez o principal objeto de análise dos trabalhos apresentados foi a efetivação dos direitos fundamentais sociais, na maioria dos casos diante da distância entre a previsão constitucional e a realidade. Assim, a discussão envolveu a formulação e implementação de políticas públicas que efetivem direitos sociais como saúde, moradia, educação, cultura, previdência e assistência social, bem como políticas que busquem a igualdade racial e o respeito a identidade de gênero.

Em outro agrupamento de pesquisas desenvolvidas ou em andamento na temática, podemos salientar o debate sobre os diferentes atores envolvidos na relação entre Direito e Políticas Públicas: Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Legislativo e Executivo Municipal. O controle de políticas públicas e a atuação de diferentes atores na efetivação de direitos fundamentais sociais têm sido objeto de pesquisas a partir de um olhar do caso, o que enriquece o debate teórico, permitindo a discussão sobre estratégias para uma relação mais harmoniosa entre o campo jurídico e o político na efetivação dos direitos.

Por fim, um último grupo de trabalhos discutido no GT I destacou as dificuldades financeiras na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Como conciliar mínimo existencial e reserva do possível em um país com inúmeros desafios na diminuição da desigualdade social? Esta é mais uma questão que permanece instigando os pesquisadores a continuarem suas pesquisas.

Boa leitura!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Prof. Dr. Cristhian Magnus de Marco – UNOESC

Profa. Dra. Cátia Rejane Liczbinski Sarreta – FGV

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA

THE POSSIBLE RESERVE IN BRAZILIAN LAW: A NECESSARY REREADING

Lucas Fernandes Calixto ¹

Resumo

O direito à saúde, apesar de expressamente positivado nos artigos 6º e 196 da Constituição de 1988, ainda não possui um grau de efetividade satisfatório. Não à toa, tal direito desponta como um dos mais judicializados atualmente. A discussão judicial centra-se sobre a tensão que paira sobre o mínimo existencial e a reserva do possível. A partir do método dedutivo e dialético, busca-se com o presente artigo, com base em pesquisa bibliográfica, assentar bases para uma releitura da reserva do possível, a fim de que esta não se constitua em óbice à efetivação do direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos sociais, Direito à saúde, Judicialização da saúde, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The right to health, although expressly affirmed in Articles 6 and 196 of the 1988 Constitution, still does not have a satisfactory degree of effectiveness. Unsurprisingly, this right emerges as one of the most judicialized today. The judicial discussion focuses on the tension that hangs over the existential minimum and the reserve of the possible. From the deductive and dialectical method, this article seeks, based on bibliographical research, to establish bases for a rereading of the possible reserve, so that it does not constitute an obstacle to the realization of the right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Right to health, Judicialization of health, Existential minimum, Reservation of the possible

¹ Mestrando em Direito pela UFPEL. Especialista em Direito Público pela ESMAFE/UCS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo IMED. Juiz Federal.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz um rol de direitos sociais, dentre os quais se encontra inserido o direito à saúde que vem delineado, mais pormenorizadamente, a partir do artigo 196, que estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”.

Nada obstante o comando constitucional, não raro se verifica a falta de efetividade do direito à saúde. Desde a ausência da concessão de medicamentos até as longas filas de espera do Sistema Único de Saúde (SUS) são marcas de políticas públicas que não conseguem atender, com a necessária presteza, o direito constitucional estampado nos artigos 6º e 196 da Constituição.

Não sem razão o direito à saúde vem despontando como um dos direitos sociais que mais é objeto de ações judiciais. Um simples comparativo, extraído do sítio do Conselho Nacional de Justiça², demonstra que em 2011 tramitavam 240.980 processos com a temática “saúde”, tendo esse número saltado para 392.921 processos em junho 2014, correspondendo a mais de 150.000 processos em um espaço de 3 anos.

Os números refletem o que vem se chamando de “judicialização do direito à saúde” ou “judicialização das políticas públicas”, refletindo, outrossim, a ausência de efetividade das políticas públicas para maximização deste direito.

Neste cenário de crescente judicialização, faz-se relevante estudar o cerne do debate que se trava em âmbito judicial. No ponto, cabe destacar ser comum a alegação de escassez de recursos para o não atendimento das prestações positivas exigidas pelo direito à saúde, normalmente ancorado na reserva do possível; o embate ainda ganha árduos contornos quando se fundamenta a prestação reclamada no mínimo existencial, sendo o Poder Judiciário chamado a decidir acerca da tensão que paira sobre um e outro.

É nesta esteira que se pretende, com o presente artigo, abordar o direito à saúde desde uma perspectiva constitucional (com foco na Constituição de 1988), traçando noções gerais sobre o mínimo existencial e, ao final, propor uma releitura da reserva do possível a partir do seu próprio conceito originado no direito alemão, a fim de que esta não se constitua em obstáculo à efetivação do direito à saúde.

² Os números citados foram extraídos do sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir do relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011, bem como relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais com dados enviados até junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/fozum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo de argumentos gerais que dizem respeito, especialmente, à dogmática sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, visando estabelecer argumento específico relativo à necessidade de releitura da reserva do possível no direito brasileiro. Lançar-se-á mão, de igual modo, do método dialético, de forma a realizar um cotejo crítico com base na doutrina nacional sobre o tema.

O procedimento metodológico centra-se, basicamente, na pesquisa bibliográfica, através da qual será feito levantamento de autores que estudem os temas centrais do presente artigo, quais sejam o direito à saúde, o mínimo existencial e a reserva do possível; o tipo de pesquisa, por sua vez, é o qualitativo, já que se busca um aprofundamento das questões trazidas à baila.

2 O DIREITO À SAÚDE NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O ano de 2018 marca os 30 anos da atual Constituição Brasileira. De fato, afora a Constituição do Império de 1824 e a primeira Constituição Republicana de 1891, está-se, atualmente, sob a égide de uma das Constituições Brasileiras mais duradouras, a despeito das inúmeras emendas constitucionais até então aprovadas.

A Constituição de 1988, agasalhando um Estado Democrático e Social de Direito, apresenta extenso rol de direitos sociais, os quais, na compreensão de Sarlet, assumem a posição de autênticos direitos fundamentais (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 3). Nesse sentido, cabe referir que os direitos sociais estão acobertados pela chamada dupla fundamentalidade (fundamentalidade material – integração ao ordenamento jurídico por seu conteúdo e importância; e fundamentalidade formal – integração ao texto constitucional). (SARLET, 2008, p. 89).

Importante, ainda, assinalar que os direitos sociais, nada obstante mais comumente abrangerem direito a prestações positivas, também albergam direitos (ou ações) negativas (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 4), devendo ser feita sua compreensão a partir do texto constitucional. Aqui, cabe a advertência de que o qualificativo social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva estatal, já que, como dito, os direitos sociais também contam com prestações negativas.

Isso decorre do fato de que também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade (prestação negativa, portanto) e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal. É nessa esteira que se defende não poder haver distinção entre os

direitos sociais, sejam eles a decorrer de um atuar positivo, sejam eles decorrentes de uma prestação negativa. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 5).

Importa-nos, de todo modo, o direito fundamental à saúde, direito esse geralmente dotado de uma esfera positiva preponderante³. Apesar da complexidade inerente ao conteúdo do direito à saúde, já que dentro dele estão inserido conceitos subjetivos como a busca da qualidade de vida e bem estar, é fato que ele vem cristalizado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito - e dever – fundamental, sendo expressamente consagrado nos artigos 6º e 196.

Como direito social fundamental que é, e importando em deveres ao Estado, cabe a indagação a respeito de sua aplicabilidade e efetividade, já que, como nos lembra Sarlet:

É precisamente em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais diversas e acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. (SARLET, 2008, p. 299).

De fato, os problemas de efetividade do direito tendem a surgir quando, ultrapassado o modelo liberal de Estado, a máxima otimização destes direitos dependa de políticas públicas e ações governamentais, típicas de um modelo social.

Veja-se, no ponto, que não se está a negar o avanço do modelo constitucional brasileiro, que desde a Constituição de 1934 apenas enquadravam os direitos sociais na parte relativa aos “direitos econômicos e sociais”, passando, no modelo de 1988, a recebê-los como autênticos direitos fundamentais, como explicitado acima. Tal mudança somente vem a reforçar o compromisso do Constituinte de 1988 com um novo modelo de Estado, qual seja, um modelo pautado pela garantia de bem estar dos cidadãos, refletindo um autêntico Estado Social de Direito.

O direito à saúde, nesse modelo, desponta como um verdadeiro fim a ser perseguido pelo Estado, que deve despender recursos para sua real implementação. De fato, não é demais lembrar que o direito à saúde, muito além de direito social positivado internamente, também é previsto em instrumentos internacionais, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, sendo entendido, neste âmbito, que medidas regressivas adotadas pelos Estados signatários são violadoras *prima facie* do aludido Pacto (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 79-144).

³ Reconhece-se, contudo, que também o direito à saúde possui uma esfera negativa, quando ao Poder Público, por exemplo, é imposta, por força do artigo 196 da CF, a proteção e a defesa da saúde.

A importância do direito à saúde, portanto, transcende o próprio direito interno, sendo discussão recorrente no plano internacional. Como referido, o desenho constitucional brasileiro realmente avançou na história do constitucionalismo, conferindo fundamentalidade aos direitos sociais na Constituição de 1988.

Ocorre que, passados 30 anos da promulgação da nossa Carta, ainda não se verifica, no plano da efetividade, uma verdadeira garantia do direito à saúde. Não se olvida da grave crise econômica enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, nem mesmo o déficit que assombra as contas públicas; todavia, não há como se negar efetividade a direito, que pela sua inegável importância – já que sem saúde inexistente vida -, e pela própria história dos direitos sociais, desponta como um dos direitos sociais que mais é objeto de decisões judiciais nos últimos tempos.

No ponto, cabe registrar a - ainda atual - lição de Norberto Bobbio, plenamente aplicável ao contexto brasileiro depois de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988. Diz o autor que, em realidade, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 2004, p. 45). De fato, para o jurista:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45).

Neste diapasão, considerando a dimensão política (que acaba refletindo, via de regra, em um problema orçamentário) para a efetivação dos direitos sociais – especialmente do direito à saúde -, a discussão que acaba por desaguar no Poder Judiciário diz respeito à tensão que paira sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, temas esses que doravante serão tratados no presente artigo.

Buscar-se-á não só uma melhor compreensão sobre o que se entende por mínimo existencial e reserva do possível, mas uma própria releitura crítica acerca, especialmente, desta última, tudo com o escopo de garantir a plena efetividade dos direitos sociais, e, em especial, do direito fundamental à saúde.

3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Partindo da ideia da dignidade da pessoa humana como centro axiológico da Constituição (VASCONCELOS e SOARES, 2016, p. 160), ou seja, como vetor-guia que pauta os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, resulta forçoso o reconhecimento de um mínimo garantido desses direitos, ou seja, há, ao menos moralmente, um consentimento uniforme de que deve haver respeito a um mínimo existencial.

A título de introdução, resgatando a base filosófica do mínimo existencial, Karine da Silva Cordeiro discorre sobre a teoria de justiça de John Rawls, sobre o sistema de direitos concebido por Jürgen Habermas em *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse of Law and Democracy*, além de o conceito de liberdade para Ernst Tugendhat (CORDEIRO, 2012, p. 97-102).

No ponto, a autora conclui que, tanto em Rawls, quanto em Habermas, o mínimo existencial funcionaria como uma espécie de pressuposto, sendo, para o primeiro, um pressuposto de liberdade e para o segundo um pressuposto da democracia. Já em Tugendhat, esse mínimo existencial atenderia a uma exigência autônoma de justiça, sendo um fim em si mesmo. Nas palavras da autora:

Do exposto, percebe-se que os principais fundamentos morais da obrigação do Estado de eliminar, ou ao menos mitigar, a situação de carência dos indivíduos, fornecendo-lhes um mínimo de condições materiais são: garantir a liberdade real; proteger os pressupostos da democracia; e o fato de o atendimento das necessidades materiais humanas básicas constituir um fim em si mesmo, que se impõe independentemente da sua utilidade para outros fins. (CORDEIRO, 2012, p. 103).

Afora o fundamento filosófico, é mister que se realce seu fundamento jurídico. Neste diapasão, extrai-se a sua elaboração dogmática preponderantemente na Alemanha, país no qual a doutrina e também a jurisprudência foram pioneiras na matéria (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 7-8).

De fato, nada obstante inexistir, na Lei Fundamental de 1949, imposição de atuação positiva pelo Estado para a consecução de direitos sociais típicos, Otto Bachof extraiu do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn), o direito subjetivo à garantia mínima de existência, já que “[...] sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 8).

Também ancorado na dignidade da pessoa humana, houve reconhecimento, pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, do direito a um auxílio material por parte do Estado para um indivíduo carente, na medida em que a esse indivíduo deva ser garantido, de

forma geral, o direito à liberdade e à vida, o que pressupõe uma condição mínima de existência. (CORDEIRO, 2012, p. 103-104).

Há uma importante observação feita por Karine da Silva Cordeiro, ao citar decisão de 1975 do Tribunal Constitucional Federal Alemão que encampa a decisão acima referida, que é o fato de que o dever estatal deteria caráter subsidiário, ou seja, somente atuaria na ausência do próprio indivíduo, o qual detém a responsabilidade primária⁴ (autorresponsabilidade). (CORDEIRO, 2012, p. 104).

A dogmática alemã é incorporada a diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais pode ser citado o brasileiro. Deveras, não há, na Constituição de 1988, ao menos de forma expressa, qualquer referência ao mínimo existencial. Isso não obsta, todavia, seja ele reconhecido nos mesmos moldes em que reconhecido na Alemanha, ainda que estejamos à frente de ordenamentos jurídicos com origens e sistematizações diversas⁵.

Tal se dá em razão de que a proteção do mínimo existencial, nas palavras de Ricardo Lobo Torres⁶, é pré-constitucional, sendo inerente à pessoa humana (TORRES, 1989, p. 32). E, de fato, tratando-se de condições mínimas de existência, entende-se o mínimo existencial como um próprio pressuposto do valor dignidade da pessoa humana, razão pela qual, ainda que diversa a sistematização dos direitos sociais (prestacionais) nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro, a importação do conceito não se mostra equívoca.

Assentada a base dogmática do mínimo existencial, é importante traçar – ainda que brevemente – algumas palavras acerca de seu conteúdo.

E, nesta árdua tarefa de tentar delimitar o conteúdo do mínimo existencial, surge relevante, desde logo, trazer as palavras de Ana Paula de Barcellos, nas quais tenta trazer concretude, ainda que de forma genérica, sobre o tema:

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um

⁴ Fala-se, nesse sentido, em princípio da subsidiariedade, no qual, em resumo, o Estado somente atuaria quando da ausência do indivíduo. Haveria, no ponto, duas dimensões, sendo uma positiva – a própria prestação de auxílio – e uma negativa – relativa à impossibilidade de assunção pelo Estado de competências originariamente atribuídas aos indivíduos -. Confirma-se em NEUNER. Jörg. **Os direitos humanos sociais**. Direito Público, ano V, n. 26, p. 18-41, mar./abr.2009.

⁵ Basta lembrar, nesse sentido, que a Lei Fundamental de Bonn, quando reconhecido o mínimo existencial no ordenamento alemão, não contempla direitos sociais que exijam prestações positivas do Estado; diversamente a Constituição Brasileira de 1988 com amplo rol de direitos sociais que demandam prestações desse jaez.

⁶ Assinala-se, consoante adverte SARLET e FIGUEIREDO, que Ricardo Lobo Torres foi um dos primeiros autores a escrever sobre o mínimo existencial: TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 29049, jul./set. 1989.

Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Da lição de Barcellos, transcrita acima, pode-se chegar a algumas conclusões, quais sejam: 1) o mínimo existencial não se mostra estanque, isto é, depende de uma interpretação do que seja um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”; 2) a violação deste conjunto mínimo indispensável à existência humana representa violação à própria dignidade da pessoa humana, já que aquele (mínimo existencial) encontra-se diretamente relacionado a esta (dignidade da pessoa humana)⁷; 3) a despeito de não positivado expressamente na Constituição de 1988, ao se extrair o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana, pode-se inferir que esse conjunto de situações materiais mínimas indispensáveis (mínimo existencial) é princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, na busca da elaboração de um conceito, a partir de uma aproximação com outros institutos, é importante referir os apontamentos feitos por Karine da Silva Cordeiro. A autora traça um importante paralelo para a definição teórica do mínimo existencial com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, lembrando, de todo modo, toda a discussão de que também é cercado o aludido conteúdo essencial (como a aplicabilidade de uma teoria absoluta, relativa, objetiva ou subjetiva)⁸. (CORDEIRO, 2012, p. 110-113).

A autora ainda busca a aproximação com o designado *minimum core* (CORDEIRO, 2012, p. 114), o que entendemos ser uma tentativa absolutamente salutar, já que traz ao debate do mínimo existencial a experiência internacional. De fato, trilhando a esteira de Cordeiro, pode-se referir que o *minimum core* é uma tentativa do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) das Nações Unidas de garantir aplicabilidade ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), com o escopo de “contornar o caráter programático do Pacto e a limitação de recursos e para reafirmar a obrigação imediata – e por vezes inderrogável – dos Estados em assegurar, ao menos, o *core content* dos respectivos direitos.” (CORDEIRO, 2012, p. 115).

Essa aproximação vem exatamente no mesmo sentido das proposições trazidas por Ana Paula de Barcellos, nas quais tenta desenhar uma moldura de prestações relativamente ao mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 247-301). No que toca ao presente estudo

⁷ Nesse sentido, note-se que Ana Paula de Barcellos também chega a essa constatação, referindo inclusive que o mínimo existencial representa uma “fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2002, p. 248)

⁸ Para aprofundar o debate acerca das teorias, bem como da própria garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sugere-se a consulta a excelente obra: SILVA, Vírgilio da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

(direito à saúde), aponta a autora que o mínimo existencial precisa dizer respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições pessoais dos indivíduos (BARCELLOS, 2002, p. 277). Diz a autora:

A maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial, portanto, dizem respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas pelo Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação. (BARCELLOS, 2002, p. 277).

Ainda que, de fato, o mínimo existencial possa resultar das prestações de saúde (vistas de forma objetiva), entende-se, ao revés da autora, que a casuística também poderá revelar um mínimo existencial que possa se dizer “pessoal”, ou subjetivo. É que o caso concreto é cercado de particularidades que devem ser levados em consideração e que, inclusive, pode determinar a escolha de uma ou outra prestação de saúde, tornando o mínimo existencial, como referido acima, alvo de interpretação (não estanque).

De todo modo, mesmo considerando que a exigibilidade recaísse unicamente em prestações de saúde disponíveis, é inquestionável que estas demandam uma necessária contrapartida estatal, haja vista que o Poder Público deve despender recursos públicos para a manutenção do sistema de saúde.

As demandas de saúde, invariavelmente, acarretam escolhas trágicas (BARCELLOS, 2002, p. 277), já que o direito à saúde, preponderantemente prestacional, acaba tendo um custo para a Administração Pública. Nestes termos, surge relevante a análise do que se entende por reserva do possível, especialmente para confrontar com o mínimo existencial ora delineado, o que se passa a fazer no item seguinte.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA

Como referido antes, o direito à saúde gera custos para a Administração Pública, a qual se vê compelida a atuar positivamente para efetivar esse direito em sua tríplice dimensão: curativa, preventiva e promocional (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 27). No ponto, surge relevante o debate acerca dos “custos dos direitos” (GALDINO, 2005, p. 204), já que não é de

hoje que os problemas de eficácia do direito à saúde decorrem, especialmente, de questões ligadas à implementação e manutenção de políticas públicas.

Nesta trilha, a mera constatação de que os direitos (sejam eles positivos e até mesmo os ditos negativos⁹) geram custos não é a mais problemática, sendo certo que “Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais” (KELBERT, 2011, p. 66). De fato, sendo o orçamento público também escasso, a discussão que se mostra necessária diz respeito à alocação destes recursos, isto é, a reserva do possível como eventual obstáculo à efetivação do direito à saúde.

A reserva do possível remonta o julgamento do paradigmático caso *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual visava solucionar a restrição do número de vagas em algumas Universidades (KELBERT, 2011, p. 69). No caso, foram analisados os diversos critérios de admissão ao ensino superior, em cotejo com o artigo 12, §1º da Lei Fundamental, segundo o qual “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação” (KELBERT, 2011, p. 69).

Firmou-se o entendimento, na oportunidade, que a prestação reclamada precisa encontrar razoabilidade com o que se espera da sociedade, isto é, ainda que o Estado disponha de meios, não há que se falar na concessão da prestação se ela se mostrar sem razoabilidade. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 17). É esse cotejo entre a prestação e o que se espera da sociedade que acabou por se denominar de reserva do possível (KELBERT, 2011, p. 70).

Kelbert nos informa que a expressão reserva do possível fora apropriada no Brasil mediante uma tradução literal de “*Vorbehalt des Möglichen*”, de modo que nem sempre a reserva do possível é utilizada, aqui, no mesmo sentido cunhado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso paradigmático *numerus clausus* (KELBERT, 2011, p. 70). De fato, a importação brasileira do termo acaba por restringi-lo à dimensão econômica dos direitos sociais, sendo certo que essa não é a única existente na reserva do possível.

Nesse ponto, concorda-se integralmente com Kelbert, quando refere que para se compreender a dimensão da reserva do possível é preciso fazer uma retomada histórica de seu surgimento na própria jurisprudência alemã. No ponto, vale registrar que ela surge da prescrição do artigo 109, §2º da Lei Fundamental, que dispõe a respeito do regime orçamentário e das exigências de equilíbrio da economia no seu conjunto, disposição essa

⁹ Nesse sentido Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo citando autores como Gustavo Amaral e Flavio Galdino. Confira-se em: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 22 jul. 2018.

inexistente – salvo, por aproximação, à destinação de tributos a algumas áreas específicas – no ordenamento jurídico brasileiro (KELBERT, 2011, p. 74).

Ademais, como já enunciado antes no presente trabalho, a própria sistematização dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro é diversa. Enquanto naquele (alemão) praticamente inexistem direitos sociais expressamente positivados (à exceção da proteção à maternidade e educação), no Brasil “[...] na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, os direitos sociais foram incluídos dentre os direitos fundamentais, que devem ser atendidos e promovidos por todos os poderes estatais.” (KELBERT, 2011, p. 75).

Ora, a mera diferença de origem já traz consigo um equívoco na importação acrítica da reserva do possível ao Brasil. Não fosse isso, a própria elaboração doutrinária do tema parece restringi-lo à dimensão econômica, quando na jurisprudência alemã não houve tal restrição.

Neste diapasão, importante trazer à baila as lições de Sarlet e Figueiredo, nas quais apontam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, a abranger: (a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, o que guarda íntima relação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 17).

Dissecando as dimensões da reserva do possível, Kelbert enuncia que a dimensão fática encontra-se diretamente relacionada com a “inexistência de recursos para efetivar direitos sociais” (KELBERT, 2011, p. 78). Tal dimensão – possivelmente a que, no Brasil, acaba por se confundir com o próprio conceito de reserva do possível – não se limita apenas à escassez de recursos financeiros, atingindo também a própria escassez de recursos humanos (KELBERT, 2011, p. 79). Em síntese, a dimensão fática é a própria conformação prática do direito social reclamado frente à impossibilidade de o Estado atender a toda e qualquer demanda positiva.

Ocorre que, até porque essa (dimensão fática) representa apenas uma vertente da reserva do possível, não pode a impossibilidade fática dos recursos servir de salvaguarda para a não efetivação dos direitos, especialmente do direito à saúde, pressuposto do próprio direito à vida. Nesse ponto, correta a observação de Sarlet e Figueiredo, quanto apontam que:

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da

comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

Ora, sendo invocado o óbice decorrente de uma das dimensões da reserva do possível (a fática, como visto), cabe ao próprio Poder Público demonstrar a indisponibilidade dos recursos, já que a presunção (até pelo compromisso assumido pelo Estado Brasileiro que se pretenda um Estado Social) é pela disponibilidade fática dos recursos – financeiros e humanos – para atendimento dos direitos.

A disponibilidade jurídica, por sua vez, relaciona-se com a própria possibilidade de disposição dos recursos (que se presumem faticamente disponíveis). Essa possibilidade jurídica pode estar vinculada, por exemplo, a uma autorização orçamentária, a qual, contudo, não poderá vincular o Poder Judiciário, mas tão somente o Administrador Público¹⁰.

Ainda no que tange à disponibilidade jurídica, a discussão que se faz presente diz respeito à discricionariedade do administrador público e o próprio exercício das competências legislativas. Ora, nesses casos, tendo em vista o já explanado a respeito do mínimo existencial, não nos parece que o administrador (ou mesmo o legislador) possa almejar perseguir fim outro que não a efetivação do direito à saúde, mormente em um contexto de escassez de recursos.

Concorda-se, nesse ponto, com Sarlet e Figueiredo, quando referem que a atuação do legislador encontra limite no próprio mínimo existencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 11), na medida em que um desrespeito a essa condição mínima é um desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

Já quanto à proporcionalidade, esta deve servir de baliza para sopesar a exigibilidade (jurídica, em abstrato) da prestação frente a sua exigibilidade em concreto, isto é, deve servir de norte para a realização dos direitos na maior medida possível. Kelbert, com propriedade, refere que “[...] as decisões fundamentadas na reserva do possível – tanto no sentido de concretizar quanto de negar uma prestação – deverão passar pelo crivo da proporcionalidade [...]” (KELBERT, 2011, p. 94).

É dizer: a proporcionalidade deverá atuar sempre como guia na realização dos direitos, devendo ser levada em consideração em sua dupla vertente: proibição de excesso e de insuficiência. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 20). Atuando nessa dimensão dúplice, a

¹⁰ Nesse sentido, importante trazer à baila a lição de Caliendo, na qual sustenta ao comentar eventual entrave orçamentário, com absoluta precisão, que “essa limitação dirige-se ao administrador e não ao Judiciário, em função de que este, ao decidir, deve levar em consideração a existência de reservas materiais (reserva do possível) ao cumprimento de determinada sentença, mas não limitações orçamentárias, que são vinculadas ao Executivo”. (CALIENDO, 2009, p. 181)

proporcionalidade acaba sendo uma balança fiel entre a própria reserva do possível e o mínimo existencial.

Nesse sentido, não é demais lembrar que SARLET e FIGUEIREDO já apontaram que “a proibição da insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 20). Já a reserva do possível acaba sendo relacionada com a proibição de excesso, na medida em que passa a atuar como forma de dosar a realização dos direitos frente a um Estado cujo orçamento é limitado.

Diante desta tríplice dimensão da reserva do possível ora apresentada (dimensão fática, jurídica e a proporcionalidade da prestação), bem como diante do fato de que a reserva da possível não é limitada, tão somente, a eventual escassez de recursos, entende-se necessária uma releitura daquela (reserva do possível) no âmbito brasileiro, até para se amoldar ao nosso quadro jurídico.

De fato, não se pode aceitar a mera alegação de falta de recursos (que representa, como visto acima, uma das três dimensões possíveis da reserva do possível) para a não efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, devido a sua condição de pressuposto do próprio direito à vida.

Não fosse isso, o próprio mínimo existencial, visto no presente trabalho, dá os contornos necessários, conformando a reserva do possível (e não o contrário, sob pena de subversão da própria ideia de Estado Democrático e Social de Direito). Deveras, o mínimo existencial (seja visto de forma objetiva, como propõe Barcellos, seja mesmo analisado casuisticamente) deve seguir sendo o norte principal do aplicador do direito, não podendo ceder frente à mera alegação (não demonstrada) de escassez de recursos.

5 CONCLUSÃO

O direito à saúde, como é cediço, constitui-se em direito e dever fundamental, previsto expressamente nos artigos 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Marcada por avanço no tratamento dos direitos sociais, a Constituição Brasileira de 1988 inova em relação às suas antecessoras, conferindo-lhes verdadeira fundamentalidade (material e formal); os direitos sociais, nessa linha, deixam de ser meros programas a ser alcançados, mas verdadeiros direitos dependentes de efetivação.

Tal efetivação demanda, em geral, prestações positivas do Estado (através das denominadas políticas públicas), às quais oneram o orçamento público, trazendo à baila a discussão sobre a tensão que paira entre mínimo existencial e reserva do possível.

Como se apresentou no presente trabalho, o mínimo existencial aproxima-se do *minimum core* do direito internacional, revelando verdadeiro instrumento de resguardo dos direitos, em especial do direito à saúde que se constitui em pressuposto do próprio direito à vida (e, por conseqüência, pressuposto da dignidade da pessoa humana).

O mínimo existencial, nesse sentido, também se revela verdadeiro fragmento da dignidade da pessoa humana, agindo na proteção dos direitos prestacionais e impedindo seu esvaziamento por argumentos como a escassez de recursos.

Tais argumentos (da finitude dos recursos públicos) costumeiramente pretendem a aplicação da reserva do possível, fundamento este rotineiro no dia a dia forense. Deveras, invoca-se a escassez dos recursos públicos como suposto obstáculo fático intransponível na efetivação do direito à saúde, gerando o debate acerca do real alcance da reserva do possível frente ao ordenamento jurídico pátrio.

No ponto, entende-se que não se presta a reserva do possível para obstaculizar o atendimento das demandas de saúde (sejam elas demandas judiciais, ou mesmo a demanda administrativa). Ora, como se procurou demonstrar no presente trabalho, a reserva do possível remonta o julgamento *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual firmou entendimento no sentido de não ser possível exigir prestação que não seja razoável frente ao que se espera da sociedade.

Ou seja, a forma de aplicação da reserva do possível no julgamento alemão e até mesmo o contexto (há diferenças estruturais no tratamento dos direitos sociais na Alemanha e no Brasil) demonstra o equívoco de uma importação acrítica da teoria. É necessária, pois, uma releitura, de modo a se efetuar uma verdadeira filtragem da reserva do possível ao contexto brasileiro.

Nesta ordem de ideias, uma filtragem que se faz imprescindível diz com a necessária abordagem da reserva do possível em sua tríplice dimensão (fática, jurídica e proporcionalidade da prestação). Resulta inadmissível que a argumentação fique centrada unicamente na escassez de recursos (dimensão fática), até porque estes – os recursos - tendem a se presumir existentes quando se leva em consideração o tratamento do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro (como verdadeiro direito social fundamental) e a própria assunção de um compromisso de estado de bem estar social pela Constituição de 1988.

Ademais, o mínimo existencial dá os necessários contornos da reserva do possível, exigindo desta uma satisfação mínima para a existência, ou seja, resguardando prestações materiais necessárias ao cumprimento do desiderato constitucional relativamente à saúde. Não se pode, com efeito, subverter essa lógica, fazendo com que a reserva do possível dê os contornos do mínimo existencial, sob pena de não se efetivar o próprio programa proposto pela Constituição de 1988 em que se pretenda um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito.

Diante disso, em que pese ciente dos desafios consistentes no equilíbrio das contas públicas, defende-se seja procedida uma reanálise da reserva do possível, especialmente com o fito de adequá-la à realidade brasileira, devendo tal mister se iniciar pelo tratamento global da matéria (através de suas três dimensões) e a partir de uma leitura da Constituição que maximize o direito à saúde, isto é, sem aceitar que a mera escassez de recursos (sem a devida demonstração pelo Poder Público) seja óbice à efetivação desse importante direito.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Obrigações do Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**, in: _____. Direitos sociais são exigíveis. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011, p. 79-144.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quantidade de demandas nos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em 25 jul. 2018.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEUNER, Jörg. **Os direitos humanos sociais**. Direito Público, ano V, n. 26, p. 18-41, mar./abr.2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SILVA, Vírgilio da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 29049, jul./set. 1989

VASCONCELOS, Luís Carlos Souza; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TUTELA DOS DIREITOS**. A Barriguda: Revista Científica, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 159-177, abr. 2016. ISSN 2236-6695. Disponível em: <<http://www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/284>>. Acesso em: 22 jul. 2018.