

## **1. Introdução**

Com a Constituição de 1988, um dos grandes desafios que se impõe ao Poder Público é a realização dos direitos sociais. O art. 6º de nossa Constituição, estabelece que “são direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...).” São direitos fundamentais que para serem efetivados necessitam da implementação de políticas públicas.

Cabe aos poderes executivo e legislativo, no Brasil, à implementação dessas políticas, que são atos concretos destinados a atender o interesse público e efetivar os direitos sociais.

Ocorre que muitas dessas políticas públicas ou não são executadas ou são executadas de forma insuficiente. Muitas pessoas ficam de fora da proteção do Estado. No caso da saúde, que neste trabalho receberá destaque, muitas pessoas não dispõem de condições financeiras para adquirir medicamentos, que não são fornecidos pela rede pública.

Qual o caminho para essas pessoas? O Poder Judiciário é o caminho. Isto porque no art. 5º, XXXV, vemos que a Constituição garantiu a todos o acesso à Justiça. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição cujo enunciado é “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desse modo, a saúde, ou qualquer outro direito social poderá ser realizado seja por meio de políticas públicas do Poder Executivo, após a alocação de recursos no orçamento pelo Legislativo, ou por meio da atuação do Poder Judiciário.

A judicialização é justamente essa atuação do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais. Judicializar, portanto, é fazer com que o Poder Judiciário resolva alguma questão de ordem social que não foi resolvida pelos demais poderes.

Neste trabalho, nosso objetivo geral será analisar o diagnóstico da judicialização da saúde no Brasil, com base em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça. É necessário saber a quantidade de ações judiciais envolvendo o direito a saúde no Brasil, para podermos ter um norte para solucionar esse problema.

Depois, temos como objetivos específicos, analisar a teoria da reserva do possível, que pode ser considerada um entrave a realização dos direitos sociais, em especial à saúde, na medida que condiciona a efetivação de políticas públicas à previsão de recursos no orçamento. Vamos apresentar os fundamentos jurídicos dessa teoria e sua origem na jurisprudência germânica.

Em seguida, como último objetivo específico, será analisar a teoria do mínimo existencial, cuja ideia principal é de que o Estado deve garantir somente o núcleo mínimo de cada direito fundamental para os indivíduos que compõe a sociedade. Vamos discutir também os fundamentos dessa teoria e procurar saber se a mesma é suficiente para resolver os problemas de realização dos direitos fundamentais no Brasil, em especial, o caso do direito à saúde.

Portanto, a problemática do presente trabalho é saber se as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial podem ser uteis para se efetivar o direito a saúde no Brasil, dentro desse contexto de grande judicialização.

Para responder a essa problemática, utilizaremos como método a pesquisa bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira relacionada aos temas aqui tratados. Por fim, apresentaremos nossas conclusões acerca desses temas.

## **2. Considerações sobre a judicialização da saúde no Brasil**

Para Luís Roberto Barroso, o termo “judicialização” significa que:

(...) algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009, p.03).

Nesse sentido, a judicialização da saúde significa que o Judiciário será o responsável pela efetivação desse direito fundamental social. Em outras palavras, o Judiciário exercerá uma função que deveria ser cumprida pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, que são constitucionalmente responsáveis pela implementação de políticas públicas na área de saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

O quadro atual no Brasil é de grande índice de judicialização de demandas envolvendo o direito à saúde. Sendo que essas demandas podem ser individuais ou coletivas e tem, na maioria das vezes como objeto o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

De acordo com pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Fórum Judiciário da Saúde, até junho de 2014, com base no Relatório de cumprimento da Resolução

CNJ nº 107, na Justiça Federal, haviam em tramitação 62.291 ações envolvendo direito à saúde e na Justiça Estadual, em todo o Brasil, tramitavam 330.630 ações judiciais.<sup>1</sup>

Consideramos que o número total de ações envolvendo direito à saúde no Brasil é muito elevado e revela que a judicialização da saúde é um fenômeno cada vez mais presente na vida nacional.

Não é desejável que esse quadro permaneça. A judicialização crescente da saúde revela que vivemos em um país subdesenvolvido onde os governos se omitem na questão dos direitos fundamentais sociais. Por isso, defendemos que o Estado cumpra as políticas públicas e sociais previstas no texto constitucional, afim de fazer com que ocorra uma diminuição na busca ao Poder Judiciário.

Com a judicialização da saúde temos uma tensão permanente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo no que tange à questão orçamentária. É que o direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, necessitam de recursos orçamentários para serem efetivamente realizados. Então, quanto mais houver decisões judiciais contra o Estado determinando o fornecimento de medicamentos, inevitavelmente, haverá um comprometimento do orçamento. Deve, portanto, o gestor público se antecipar à judicialização, e tomar todas as medidas necessárias para efetivar a saúde, no plano administrativo.

Nesse sentido, leciona Marques (2008, p.67):

E, se é preciso que o Poder Judiciário avance em relação à incorporação da dimensão política que compõe o direito à saúde, é preciso também que os gestores públicos avancem em relação à elaboração e implementação das políticas públicas de saúde no Brasil, bem como em relação a organização administrativa da prestação dos serviços de saúde, que, muitas vezes, deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica e também sem espaço adequado e direto para participação popular, sem um canal administrativo capaz de ouvir e processar as diferentes demandas da sociedade nesta seara, sem informações disponíveis de forma clara a todos que necessitam de um medicamento ou tratamento de saúde. Este é um quadro que, frequentemente, não confere ao cidadão outra alternativa senão buscar a tutela jurisdicional para ver garantido o seu direito.

O que a autora está defendendo, e nós também, é que as questões de fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos sejam resolvidas, preferencialmente, no âmbito administrativo, mas para isso se tornar uma realidade é necessário que o Poder Executivo implemente uma série de medidas práticas, especialmente em ouvir à comunidade, que pode ser considerado como a efetivação do princípio da participação popular. Deve ser criado um

---

<sup>1</sup> Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>. > Acesso em: 01/10/2015.

canal direto entre a comunidade e o Poder Público, afim de que este cumpra sua missão constitucional.

Nos próximos itens, iremos analisar as relações da judicialização da saúde no Brasil, com as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. É necessário conhecermos essas teorias e sabermos como as mesmas são aplicadas pelos operadores do direito no que se refere às demandas judiciais de saúde.

### **3. A teoria da Reserva do Possível**

Podemos afirmar que um dos argumentos mais utilizados pelo Estado quando o mesmo é confrontado com demandas envolvendo o direito à saúde é justamente a questão da falta de recursos orçamentários, que é conhecida comumente como “teoria da reserva do possível.”

Assim, a reserva do possível vai se relacionar com a judicialização da saúde como um argumento de defesa por parte do Estado, ao se deparar com demandas judiciais de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

Segundo Scaff (2010, p. 25-26), na economia, a teoria da reserva do possível é chamada de “Limite do Orçamento”. Para o autor (p. 25-26), a reserva do possível significa que “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”.

A referida teoria, conforme noticia o autor (2010, p. 25-26), foi aplicada em 18/07/1972, pelo Tribunal Constitucional Alemão. Na decisão BVERFGE 33, 303, a Suprema Corte Alemã, ao decidir pela inconstitucionalidade da reserva de vagas feita pela Universidade da Baviera, entendeu que a reserva do possível é, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral.

Analisando a decisão em tela, podemos afirmar que a reserva do possível além de ser uma limitação orçamentária, teria também como pressuposto a exigibilidade de alguma prestação razoável por parte de um indivíduo em face da coletividade.

Assim, o Estado somente poderia efetivar um direito social se tivesse recursos orçamentários disponíveis e se essa prestação fosse razoável do ponto de vista da coletividade. Não poderia efetivar um direito social a partir da fruição meramente individual.

Vale ressaltar, que constata-se a existência de duas espécies de “reserva do possível”: a fática e a jurídica.

Segundo Taiar (2009, p.47), o “componente fático da reserva do possível relaciona-se à efetiva disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional”, por exemplo, o direito à saúde, enquanto que “o componente jurídico depende de existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos”.

Se formos analisar os dispositivos da Constituição de 1988, a respeito do orçamento, iremos concluir que a reserva do possível realmente possui uma sólida consistência jurídica.

Isto porque, a Constituição em seu art. 165, § 8º assim dispõe:

§ 8º A lei orçamentaria anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Mais adiante, no art. 167, inciso I, a Constituição aduz:

Art. 167. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

Ora, nesses dispositivos constitucionais vemos que a Constituição proíbe a realização de despesas não previstas no orçamento, que é uma lei anual, onde são estabelecidos os gastos e as receitas que o Estado terá durante um exercício financeiro.

Nesse sentido, à primeira vista, se utilizarmos o raciocínio da reserva do possível e com base nesses dispositivos constitucionais, entenderíamos que o argumento do Estado ao negar a realização dos direitos sociais em função da falta de recursos financeiros no orçamento, estaria correto.

Os direitos sociais para serem efetivados necessitam de políticas públicas do Estado. Essas políticas significam gastos públicos. No caso da saúde pública, por exemplo, para se construir um hospital é necessário que o Estado indique no orçamento a fonte do custeio, ou seja, que informe de onde virão os recursos financeiros que estão garantidos na lei orçamentária anual para se realizar a obra.

Segundo Scaff (2010. p. 26), é “através do Orçamento que serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que será possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais”.

Continua o autor:

(...) a partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em uma dada sociedade, em certo período. De nada

adianta falarmos de direitos, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para a realização daqueles direitos. A singela proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para a sua implementação. (SCAFF, 2010, p. 26)

Realmente, não adianta nada a Constituição garantir dezenas de direitos fundamentais se o Estado não disponibilizar os recursos financeiros para a efetivação desses direitos. Veja-se o caso da saúde. Garantir uma saúde pública a toda coletividade exige uma grande quantidade de dinheiro público, isto porque o serviço de saúde é extremamente complexo: abrange serviços de atendimento emergencial, fornecimento de leitos, medicamentos e tratamentos médicos, dentre outras particularidades.

Evidentemente que não há como se efetivar o direito à saúde no Brasil se não houver recursos financeiros. Mas, o problema não é a falta de recursos públicos. O problema do Brasil é a corrupção, pois os maus governantes desviam o dinheiro público, que deveria ser utilizado na efetivação desses direitos fundamentais sociais, em proveito próprio, o que agrava ainda o caos social.

Para Scaff (2010, p. 26), a partir dessas considerações surgem dois aspectos fundamentais para o debate dos direitos sociais: “a) quem paga a conta dos gastos realizados e b) quem estabelece as prioridades para a realização desses gastos”.

Quem paga a conta dos gastos realizados, para o autor, é a própria sociedade, seja diretamente, através dos tributos pagos na condição de contribuinte, seja indiretamente, na aquisição de bens ou serviços, nos quais estes se encontram. O Estado é financiado por tributos, pagos de forma desigual entre as pessoas – e aqui se encontra uma primeira possibilidade de implementação de Justiça, pois se deve cobrar mais de quem pode pagar mais, o que nem sempre ocorre.

É fato que no Brasil nem sempre os mais ricos pagam impostos. Quem sofre as consequências da pesada carga tributária é a classe baixa e média. Paga-se muitos impostos, mas o Estado não devolve o que é arrecadado, pois os serviços públicos são péssimos.

Quando tratamos da questão orçamentária, Scaff destaca que existem dois tipos de discricionariedade para se gerir o orçamento. Uma do Legislativo e outra do Executivo, nos seguintes termos:

(...) o Poder Legislativo é o responsável por estabelecer as prioridades nos gastos públicos, no Brasil – como aliás em todos os países “ocidentais” -, através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em curto e médio prazo – os objetivos de longo prazo estão previstos na Constituição. A isto se chama discricionariedade do legislador – a possibilidade de escolha pelo legislador

dos objetivos de curto e médio prazo que devem ser implementados visando alcançar as metas estabelecidas na Constituição. Já a função do Poder Executivo é a de realizar estes gastos e implementar os objetivos de curto e médio prazos, da forma e no limite estabelecido pela lei. Claro que existe uma margem de “discricionariedade administrativa”, mas esta é circunscrita pelas normas constitucionais e legais que regem as situações concretas sob responsabilidade da Administração. (SCAFF, 2010, p. 27).

Deve ficar claro que qualquer discricionariedade legislativa ou administrativa para ser considerada válida deve levar em conta a defesa intransigente dos direitos fundamentais. É inaceitável que o Parlamento ou o Executivo modifiquem o orçamento para a satisfação de interesses que não sejam da coletividade e para o bem da coisa pública.

A reserva do possível é um argumento de defesa processual e como tal é necessário que o Estado seja compelido a provar a alegação, pois o ônus da prova cabe a quem afirma a situação de fato.

Sobre esse tema, assim leciona Pereira (2013, p. 48):

O art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que, incube ao réu o ônus da prova quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Trata-se da aplicação do princípio do interesse, de acordo com o qual, o ônus da prova incumbe à parte que tenha interesse no reconhecimento do fato alegado.

Interessa ao Estado a comprovação da falta de recursos. Não basta, desta feita, alegar que o poder público possui múltiplas atividades e que os recursos são escassos para lhes dar implemento. A alegação da reserva do possível deverá ser concretamente comprovada para que tenha relevância jurídico-processual. Fato não comprovado equivale a fato não alegado.

Desse modo, o Estado deve comprovar fundamentadamente que não possui recursos no orçamento para negar a realização de um direito social. A mera alegação que não possui recursos no orçamento, ou que deve ser aplicada a reserva do possível, não é suficiente para eximir o Estado dessa responsabilidade.

Na doutrina pátria, há vozes que se levantam contra o argumento da reserva do possível e dessas limitações orçamentárias, quando o assunto é a realização dos direitos sociais.

Podemos citar Brito Filho, que defende a plena realização dos direitos fundamentais sociais, não admitindo nenhuma limitação, seja de ordem financeira ou orçamentária.

No que tange a questão da reserva do possível e da limitação de recursos financeiros, Brito Filho (2008, p. 85) entende que estes argumentos “são falsos, por duas razões”.

Primeiro, segundo este autor (2008, p. 85), e “essa é a razão mais singela, porque a questão dos recursos não é exatamente da sua limitação, que até existe, mas sim diz respeito à forma com que são aplicados”.

Para Brito Filho (2008, p. 85), recursos financeiros sempre existiram, e em quantidade significativa, uma vez que o Estado sucessivamente bate recordes de arrecadação, embora isso não signifique que o Estado invista em áreas prioritárias, com saúde, educação, segurança pública e outras. O que se vê, como diz o autor, é o direcionamento do “excesso” para outras áreas, não relacionadas aos Direitos Fundamentais.

Quando assim não era, diz o autor, o que mais se via – e vê – era desperdício ou direcionamento de recursos para setores não essenciais. Ora, o fato de terem sido concedidos, pela população, mandatos para administradores e legisladores, não faz com que estes possam executar as ações ao seu talante, em detrimento do que foi estabelecido como básico.

De fato, o problema do Brasil e dos países latino-americanos em geral, é a corrupção endêmica e a péssima gestão dos recursos públicos. Todos os anos, são desviados bilhões de reais em esquemas de corrupção. E o resultado é este: caos na saúde, na educação, na segurança pública e demais áreas. Os direitos fundamentais sociais são solenemente ignorados.

Brito Filho, apresenta ainda, uma razão jurídica, para ele mais importante, do que o primeiro argumento, de conteúdo econômico.

Para o autor (2008, p. 85), “o texto constitucional elenca, de forma clara e expressa, quais são as prioridades do Estado em relação ao bem-estar da população, dispondo-as na forma de Direitos Fundamentais, que são de aplicação imediata”.

Continua o autor:

O Estado, mesmo a prevalecer à ideia da escassez de receita, está obrigado a utilizar os recursos, de forma prioritária, no atendimento dos Direitos Fundamentais, entre eles os sociais.

A não ser assim, ou seja, em não sendo utilizados os recursos disponíveis para a concessão dos Direitos Fundamentais, estará o Estado, como de fato está, deturpando a razão de sua própria existência, agindo como ente divorciado da sociedade e, assim, como se fosse um fim em si mesmo.

(...) caso seja necessário elevar a contribuição da coletividade – o que não me parece que esteja demonstrado -, que seja feito. O que não pode ocorrer é a utilização de um argumento econômico para vedar o que é definido pela Constituição como imprescindível. (BRITO FILHO, 2008, p. 85).



Analisando o argumento jurídico do autor, entendemos que o mesmo está correto, pois a própria Constituição Federal, dispõe no art. 5º, § 1º que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Significa dizer que a Constituição priorizou os direitos fundamentais, inclusive os sociais, como a saúde, e que estes direitos podem ser aplicados de forma imediata e direta, ou seja, sem a necessidade de atuação do legislador infra-constitucional.

No que tange às leis orçamentárias e o planejamento financeiro do Estado, Brito Filho (2008, p.86) “entende que só se pode considerar o orçamento como válido, no plano jurídico, se ele contiver previsão de concretização dos Direitos Fundamentais, entre eles os sociais”.

Segundo o autor (2008, p. 86), “a lei orçamentária deve, obrigatoriamente, prever a realização, pelo Estado, dos direitos que a Constituição da República definiu como imprescindíveis”; podemos afirmar que dentre esses direitos, encontram-se os sociais; sob pena, diz o autor, dessa lei ser considerada “inconstitucional, pois, ao contrário, estar-se-ia diante da situação de entender que o Estado poderia, por lei orçamentária, alterar o texto constitucional, dizendo o que é fundamental e o que não é”.

Concordamos com Brito Filho, quando defende que o orçamento somente seria válido se prever a realização dos direitos fundamentais sociais. Nada mais condizente com o espírito da Constituição, que elencou diversos direitos sociais, mas os mesmos não são usufruídos pela população.

Vale ressaltar, e para corroborar a fala do autor, que na jurisprudência do STF, o ministro Celso de Melo, ao decidir um caso envolvendo fornecimento de medicamentos para uma pessoa portadora do vírus HIV, portanto, uma demanda individual, declarou em seu voto que “nenhum interesse financeiro e secundário do Estado pode prevalecer em face do direito à saúde e à vida ”<sup>2</sup>.

Desse modo, entendemos que o direito à saúde é um direito fundamental que está relacionado ao direito à vida e, portanto, cabe ao Estado a efetivação desse direito, por meio da implementação de políticas públicas, aos quais deverão receber a devida dotação orçamentária.

A reserva do possível, portanto, não pode ser admitida para se negar a realização dos direitos sociais, pois o orçamento somente será válido do ponto de vista constitucional se prever a efetivação dos direitos fundamentais, pois a própria Constituição Federal que a

---

<sup>2</sup> Conferir RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

afirma que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, nos termos do art. 5º, §1º.

#### **4. A teoria do Mínimo Existencial**

Após analisarmos a teoria da reserva do possível, que como demonstramos é muito utilizada como argumento de defesa pelo Estado, é necessário analisarmos a teoria do mínimo existencial, que também está relacionada com a questão da realização dos direitos sociais e vem sendo bastante usada como fundamento para decisões judiciais.

Em primeiro lugar, podemos afirmar que a ideia de mínimo existencial seria uma forma de efetivação dos direitos sociais, aí incluído o direito à saúde, objeto maior de nosso estudo. Assim, garantir o mínimo de um direito social seria fazer com que o Estado fornecesse o básico, o necessário para que uma pessoa possa viver com dignidade.

Não podemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição de 1988, é o fundamento de validade de todos os direitos fundamentais, especialmente, dos direitos de índole social.

O mínimo existencial poderia ser considerado, então, como uma mera parcela de um determinado direito fundamental. E essa parcela seria suficiente para garantir o básico para uma vida digna. O Estado somente estaria obrigado a fornecer esse básico, essa “parcela.”

Torres (1990, p.69), conceitua o mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Prossegue Torres (1990, p. 69):

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos. (...) Outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa, etc., abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

O autor quer dizer que a noção de mínimo existencial está prevista tanto do ponto de vista expresso, quanto de forma implícita no texto constitucional. Entretanto, o mesmo entende que os direitos sociais não são fundamentais. Mas apenas, os direitos de primeira dimensão, relativos às liberdades individuais.

Torres (1990) defende ainda a ideia de que existem dois tipos de status relacionado ao mínimo existencial: o status negativus e o status positivus libertatis; o primeiro significa que as pessoas tem o direito de serem livres, independentes, e se manifesta principalmente no

campo tributário, com as imunidades fiscais. Desse modo, há uma abstenção do Estado. Já o segundo é relacionado às prestações estatais necessárias à garantia do mínimo existencial. É necessário uma ação estatal. Entretanto, esse autor entende que esse segundo status é subsidiário e somente deve ser dado pelo Estado se o sistema previdenciário tiver recursos financeiros e a pessoa não puder sobreviver sem essa ajuda. Do contrário, essas prestações são totalmente vedadas.

Por essa concepção defendida por Torres (1990), o Estado somente é obrigado a garantir o mínimo existencial dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, e não os direitos fundamentais sociais e econômicos, considerados de segunda dimensão.

É interessante trazermos a tona o pensamento de Ana Barcellos, sobre este importante tema que é a aplicação do mínimo existencial.

Nesse sentido Barcellos (2002, p. 14), afirma que, em relação aos direitos sociais, o “mínimo existencial, nada mais é que um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade, dentre outros critérios”.

Barcellos (2002) explica também que o liberalismo econômico do século XIX não foi suficiente para garantir uma existência digna aos trabalhadores, uma vez que não se preocupava com o lado social, mas limitou-se a assegurar os direitos e garantias individuais, que tornaram-se ineficientes.

A partir do século XX, diz Barcellos (2002) começaram a serem positivados nos textos de algumas constituições (México, 1917 e Alemanha, 1919) os direitos de índole social, como o trabalho, a saúde, a educação entre outros. Entretanto, a mera positivação não foi suficiente para dar uma vida de qualidade aos grupos sociais.

Dentro desse contexto histórico e político, nada obstante a positivação e sua importância, a juridicidade dos direitos sociais ainda apresenta um conjunto de dificuldades não equacionadas, tanto de ordem teórica como de natureza técnico-jurídica. “A ideia do mínimo existencial surge exatamente como uma tentativa de apresentar soluções para tais questões”. (BARCELLOS, 2002, p. 15).

Nesse contexto, a autora apresenta ainda o mínimo existencial sob a visão de três pensadores: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. Os dois primeiros trabalham numa concepção teórico-filosófica, enquanto o último, de forma diferente, examina o mínimo existencial do ponto de vista estritamente jurídico, buscando soluções para as dificuldades técnicas-jurídicas.

No que se refere ao pensamento de John Rawls, que pode ser considerado um liberal de princípios, a autora inicia sua abordagem apresentando uma noção geral acerca de sua teoria, conhecida como “justiça como equidade”.

Vale ressaltar, que Rawls (2000) vai defender uma sociedade bem ordenada, que é uma sociedade onde existe uma distribuição equitativa de bens primários, que são as vantagens a serem distribuídas pelo Estado, dentro de um estado de escassez moderada de recursos.

Poderíamos comparar os bens primários defendidos por Rawls com os direitos fundamentais sociais previstos pela Constituição de 1988, como a saúde e a educação.

Rawls por ser um liberal, também é um contratualista. Baseia suas ideias em um novo contrato social, tal qual formulado por Hobbes. Esse contrato é obtido por meio do dispositivo da “posição original”, que seria um estado hipotético, onde homens livres estabelecem os princípios gerais que irão governar a sociedade. Estes princípios são a liberdade e a igualdade. Na posição original, os homens não sabem da sua condição pessoal própria e nem a dos outros, pois estão sob um “véu de ignorância”, outra alegoria criada por Rawls (2000).

Dentro de sua teoria ganha relevo a ideia de uma justiça procedimental<sup>3</sup> pura que deve ser aplicada quando não há um critério independente para o resultado justo, mas existe um processo correto ou equitativo que, devidamente aplicado e respeitado, permite que o resultado, não importa qual for, seja igualmente correto ou equitativo.

E onde entra o mínimo existencial na teoria de Rawls ? Segundo Barcellos (2002, p. 26), o filósofo político norte-americano apresenta o mínimo social<sup>4</sup> como pressuposto lógico de sua construção teórica. Vale dizer, a garantia de que cada homem disponha de um conjunto mínimo de condições materiais é pressuposto para que o procedimento decidido pelos indivíduos no estado original seja verdadeiramente equitativo. Se não houver esse pressuposto, a lógica da justiça procedimental pura é arruinada.

Em caso de não respeito ao mínimo existencial, Rawls (2000) propõe a utilização de dois princípios: diferença e igualdade de oportunidades.

Rawls (2000) vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá status de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial deixa de ser

---

<sup>3</sup> Ana Paula de Barcellos utiliza o termo processual, mas preferimos a palavra procedimental. Processual lembra processo judicial.

<sup>4</sup> Rawls fala em “mínimo social,” que é equivalente à noção de mínimo existencial.

um fim a atingir pela atuação do Legislador para se transformar em um direito constitucionalmente assegurado.

No que tange à teoria de Walzer, que é um comunitarista, Barcellos (2002) entende que o mesmo não se propõe em nenhum momento a tratar do mínimo existencial. Ao contrário, seu projeto é:

- (i) descrever um modelo geral de sociedade justa, que fundamentado na autonomia das diferentes esferas de bens sociais, respeite as particularidades de cada comunidade, uma vez que a estas caberá a escolha, de acordo com seus valores compartilhados, dos critérios de acesso de cada bem; (ii) descrever uma fórmula específica de justiça distributiva no âmbito das democracias liberais ocidentais. (BARCELLOS, 2002, p. 38-39).

Sua grande preocupação, observa Barcellos (2002, p.38-39), é a diferença, é o local, o particular e não o geral, o universal, o obrigatório. Mesmo que não trate diretamente de mínimo existencial, em suas obras o autor acaba por reconhecer que há um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem de sua humanidade, daí sua universalidade, sem os quais o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quiser com as demais pessoas.

O terceiro autor apresentado por Barcellos, será o alemão Robert Alexy. Este autor, diferentemente dos anteriores, vai trabalhar com a ideia de mínimo existencial a partir de uma ideia eminentemente jurídica, e não filosófica.

Alexy (2008), ao analisar a natureza das normas constitucionais, faz uma distinção em dois grupos qualitativamente diversos: regras e princípios.

A diferença entre essas espécies de normas jurídicas, segundo Alexy (2008, p. 90), é que os princípios são considerados “comandos de otimização”, isto é, caracterizam-se “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Já as regras, na lição de Alexy (2008, p. 91), são normas que “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Ainda segundo Alexy (2008, p. 91), as regras contêm, “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. A distinção entre as espécies, portanto, é qualitativa e não de grau.

Outro ponto importante, na teoria de Alexy (2008, p. 92-93) é a diferença entre a colisão de regras e a colisão entre princípios. Na colisão entre regras, temos uma cláusula de

exceção que invalida a outra regra. Ao passo que na colisão entre princípios, isso não pode ser feito, mas os princípios conflitantes serão sopesados, e no caso concreto, o aplicador do Direito, vai decidir qual princípio possui um “peso” maior. É a chamada técnica da ponderação de princípios.

Para Alexy, na interpretação de Barcellos (2002, p. 45) a “garantia do mínimo existencial constitui uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real”.

Barcellos, analisando o pensamento de Alexy, entende que o mínimo existencial é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade pessoa humana. “É, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência do legislativo e executivo e menor custo para a sociedade)”. (BARCELLOS, 2002, 45).

Segundo Torres (2003), coube a Alexy chamar a atenção para a necessidade de se colocar a dignidade humana no mesmo conjunto com outros princípios fundamentais e sujeitá-la ao jogo de ponderação diante de interesses emergentes, em virtude da sua característica de princípio e de regra. Assim, o mínimo existencial vai deitar as suas raízes não só na dignidade humana, mas também, ponderadamente, nos princípios da cidadania, soberania, trabalho, etc.

Desse modo, os três autores apresentados no trabalho de Ana Paula de Barcellos, entendem que há um núcleo básico dentro dos direitos fundamentais que deve ser garantido a todas as pessoas por parte do Estado, ou seja, um mínimo que garanta uma vida digna.

Podemos afirmar que a concepção de Rawls, no que tange ao mínimo existencial, é a mais indicada para a realidade brasileira, uma vez que o mesmo trabalha com a ideia de distribuição equitativa de bens primários, que na Constituição de 1988 são os direitos fundamentais sociais e caso essa distribuição não for justa, deve ser aplicado os princípios da diferença e da igualdade de oportunidades.

Entretanto, reconhecemos que as ideias de Alexy que foram concebidas para a realidade alemã são as mais aplicadas pelos operadores do direito no Brasil. Explicamos. Os juízes ao se depararem com questões envolvendo a distribuição de bens primários ou direitos sociais, via de regra, utilizam a técnica da ponderação de princípios, especialmente em casos envolvendo o direito à saúde, pois de um lado se tem o direito à vida, individual ou numa perspectiva coletiva e de outro o princípio orçamentário.

No que se refere ao ideal de Walzer pugnamos por sua rejeição tendo em vista que adotamos um posicionamento universalista na questão dos direitos humanos e a partir do

momento em que Walzer defende a ideia de que valores comunitários devem prevalecer em face dos direitos humanos, essa postura possibilita a ampla violação desses direitos. Nesse caso, nem o mínimo é garantido, quanto mais o direito fundamental em sua integralidade.

Honório (2003), em dissertação de mestrado sobre o tema, aduz, que a teorização acerca do mínimo existencial foi criada pela jurisprudência alemã, em razão de que a Lei Fundamental daquele país não ter previsto expressamente em seu texto os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, etc, ao contrário da Constituição Brasileira de 1988.

No âmbito doutrinário, segundo Honório (2003), atribui-se a Otto Bachoff o pioneirismo quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana requer também a garantia de um mínimo de segurança social. Sem recursos materiais para propiciar uma existência digna, o ser humano se vê violado em sua dignidade. Essa paradigmática formulação, datada do início da década de 1950, foi seguida de importante decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht).<sup>5</sup>

Há autores, contudo, que não aceitam esse parcelamento dos direitos sociais. Podemos citar, Brito Filho (2008, p. 87), que não concorda com essa teorização. Para o autor, os direitos fundamentais sociais devem ser efetivados pelo Estado de forma ampla e irrestrita, “nos termos do preceituado na Constituição, ou seja, sem exceções e nem condicionantes”. Perfilhamos da mesma opinião, pois nossa Constituição Federal traz em seu texto uma gama de direitos sociais. Não há que se falar em mínimo existencial, mas somente em direitos fundamentais sendo aplicados em sua integralidade.

Desse modo, podemos concluir esse tópico afirmando que a teoria do mínimo existencial foi importada da Alemanha para o Brasil sem uma correta adequação à nossa realidade. Entretanto, não podemos negar que o mínimo existencial, embora não seja ideal, é uma forma de efetivação dos direitos fundamentais sociais, desde que seja feita uma correta ponderação pelo aplicador do direito, nos termos do preceituado por Alexy, e também por meio da aplicação das ideias de John Rawls, em especial o princípio da diferença.

---

<sup>5</sup> Esse tribunal, em 24 de junho de 1954, de acordo com Cláudia Honório (2003, p. 100), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu para um indivíduo carente o direito subjetivo a “auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência, conforme BVerwGE 1, 159-161 e ss. apud SARLET, Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado(...).

Mas, como deixamos claro, defendemos não o mínimo, mas sim que seja observado a integralidade dos direitos fundamentais sociais, nos termos do previsto no texto constitucional.

### **5. Posição do STF: reserva do possível x mínimo existencial**

Qual é a posição do STF sobre a aplicação das teorias estudadas até aqui? Encontramos na página de pesquisa do sítio eletrônico do STF, um recente acórdão que enfrentou o argumento da reserva do possível e do mínimo existencial. O processo foi relatado pelo ministro Celso de Melo.

Cuida-se do ARE 727864 (Recurso Extraordinário com Agravo), em que o Estado do Paraná recorreu de decisão que determinava que o ente estatal deveria ser responsável em custear o atendimento em leitos na rede privada de pessoas atendidas pelo SAMU, quando houvesse falta de leitos na rede pública. Um dos argumentos utilizados pelo Estado do Paraná foi justamente a teoria da reserva do possível, sendo que o ministro Celso de Melo não aceitou o argumento, sendo que o plenário acolheu por unanimidade o voto do relator.

No presente caso, o ministro Celso de Mello considerou que a reserva do possível não pode ser invocada pelo ente estatal, sempre que “a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. Em outras palavras: para o ministro, se o Estado não garantir a parcela mínima do direito fundamental social, não pode sustentar a reserva do possível<sup>6</sup>.

Por essa ótica, o argumento da limitação de recursos orçamentários para se efetivar os direitos fundamentais sociais, é possível ser utilizado, mas desde que o Estado assegure esse mínimo existencial, no caso em tela, o Estado do Paraná, não estava assegurando a oferta de leitos hospitalares na rede pública para as pessoas atendidas pelo SAMU. Vale ressaltar, que o processo em tela foi resultado de uma ação coletiva intentada pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

Essa posição do STF, já que o voto do ministro foi aprovado por unanimidade, é uma posição, a nosso ver, que permite a limitação dos direitos fundamentais sociais. Isto porque, ao condicionar a aplicação da teoria da reserva do possível à garantia do mínimo existencial, está se permitindo que o “todo” do direito fundamental não seja concedido pelo Estado. Para o STF, basta ao Estado garantir o básico, o “mínimo”.

---

<sup>6</sup> Conferir ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.



Do ponto de vista teórico, podemos afirmar que essa decisão do STF, aproxima-se mais da concepção de mínimo existencial defendida por Robert Alexy, para quem o mínimo existencial seria retirado da própria Constituição a partir da técnica da ponderação entre princípios fundamentais, no caso, em tela entre o direito fundamental à saúde e o princípio orçamentário.

## **6. Considerações finais**

Podemos concluir este trabalho afirmando que o Brasil possui um grande índice de judicialização da saúde, causado pela omissão do Poder Público na efetivação desse direito fundamental social, e que essa situação não é desejável. O correto seria que as pessoas recebessem as prestações de saúde do Estado, sem precisar buscar o Poder Judiciário. Esse alto índice de judicialização, conforme demonstrou a pesquisa do CNJ, revela o subdesenvolvimento em que o Brasil se encontra nessa área.

No que se refere à relação entre a judicialização da saúde e a teoria da reserva do possível está se dá no âmbito processual, quando o Estado utiliza o argumento da reserva do possível para negar a realização de um direito social. No Brasil, essa teoria é comumente associada à falta de recursos financeiros no orçamento, o que impediria a implementação de políticas públicas. Rejeitamos completamente a teoria da reserva do possível quando se está diante de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, tanto do ponto de vista individual, quanto coletivo.

No que tange à teoria do mínimo existencial, concluímos que a mesma se relaciona com a judicialização da saúde como uma técnica de solução judicial, pois somente seria sindicável uma parcela mínima, ou um núcleo básico de um determinado direito social. Na Alemanha pode ser aplicada sem dificuldades, tendo em vista que a Constituição alemã não ter previsto expressamente os direitos sociais, mas não no Brasil, onde nossa Carta Magna, por ser analítica, prevê esses direitos. Embora reconheçamos que o mínimo existencial seja uma forma de efetivação dos direitos fundamentais, entendemos que tais direitos não podem ser reduzidos, mas sim efetivados em sua integralidade, conforme previsto pela própria Constituição de 1988. Defendemos, portanto, a prestação integral dos direitos fundamentais sociais.

A posição do Supremo Tribunal Federal, conforme mencionamos neste trabalho, é no sentido de condicionar a reserva do possível à garantia do mínimo existencial. Isto é, o STF aceita o argumento da reserva do possível pelo Estado, mas desde que este garanta a parcela mínima do direito fundamental, necessária a uma vida digna. .

## Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**, in Legitimação dos Direitos Humanos/Ana Paula de Barcellos.[et al.] Org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 15/11/2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de demandas nos tribunais do Fórum Nacional de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 01/10/2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Fundamentais Sociais: Realização e Atuação do Poder Judiciário**, in R. TRT 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo. Belém. V. 41. P.1-312-Jul/Dez./2008.

HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Dissertação de Mestrado. Ano: 2003. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15/11/2014.

MARQUES, Silvia Badin. **Judicialização do Direito à Saúde**, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.2, p-65/72, jul/Out. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920>>. Acesso: 08/08/2015.

PEREIRA, Hélio Rubens Pinheiro. **Controle judicial das políticas públicas: a eficácia dos princípios dos direitos fundamentais sobre o orçamento do Estado**. Dissertação de Mestrado, 2013. Faculdade de Direito do CESUPA (Centro Universitário do Pará). Disponível em: <<http://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/Diserta%C3%A7%C3%A3o%20Helio%20Rubens.pdf>>. Acesso em: 08/08/2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1 ed. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. **A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil: Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização**. In SCAFF, Fernando Facury;

ROMBOLI, Roberto. MIGUEL, Revenga (coord.). A Eficácia dos Direitos Sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TAIAR, Rogério. **A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível.** Revista de informação legislativa: v. 46, n. 182 (abr./jun. 2009): Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194914>.> Acesso: 16/09/2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**, pg. 13-14 in Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado/Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** Revista de Direito Processual da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, volume 42, 1990.