

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE: CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS

 <https://doi.org/10.56238/arev7n2-066>

Data de submissão: 07/01/2025

Data de publicação: 07/02/2025

Hamilton Freire de Moura Filho
Mestrando em Direito
Universidade Santa Cecilia- UNISANTA

RESUMO

O objetivo geral da pesquisa é discutir as relações entre a reserva do possível e o direito fundamental à saúde. Para a realização da pesquisa foi utilizado o procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental com abordagem qualitativa, em que os artigos científicos, teses e dissertações consultados na construção do trabalho foram encontrados em repositórios digitais, como Google Scholar, Scielo e BDTD. Na parte documental, foram analisados documentos jurisprudenciais relevantes ao objeto da pesquisa. O método dedutivo foi utilizado. Por meio da pesquisa foi possível compreender que A reserva do possível, embora legítima para a preservação dos recursos públicos, não pode ser invocada de maneira irrestrita para justificar omissões estatais que comprometam a saúde dos cidadãos. A jurisprudência pátria reafirma que o mínimo existencial, ao englobar o direito à saúde configura um limite intransponível às políticas públicas, inviabilizando retrocessos que afetem direitos já consolidados.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Na história brasileira, o reconhecimento da saúde como direito fundamental emerge da literal interpretação do texto escrito na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1.988, onde lemos, no artigo 196, a heroica conquista da saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A definição de saúde, conforme a OMS é difusa e de difícil alcance pelos Estados, constituindo num “estado completo de bem estar físico, mental e social” e não somente a ausência de doenças (OMS, 1978, p. 1). Contudo, todas as constituições modernas possuem o Direito à saúde como princípio basilar dos direitos sociais, que no Brasil, por força da Carta de 1988, é positivado nos art. 196 a 200, além de forma inespecífica por toda a Constituição, a exemplo do art. 6º.

Em que pese seja um direito fundamental garantido constitucionalmente, a prestação por parte do Estado é, por vezes, insuficiente, o que demanda a judicialização da saúde, ou seja, o cidadão é forçado à acionar o Judiciário para receber as prestações materiais necessárias para a recuperação ou manutenção da saúde (Sarlet; Figueiredo, 2008).

Em tais casos, é comum que o Estado defenda-se, sustentando que a indisponibilidade financeira obasta a prestação material, invocando o princípio da reserva do possível, que determina que o Estado apenas deve prestar materialmente os direitos sociais, mediante disponibilidade orçamentária (Pimenta, 2012).

Diante disso, o presente trabalho pretende responder ao seguinte questionamento: É possível que o Estado cumpra o dever de prover materialmente a saúde aos cidadãos de forma limitada, com fulcro na clausula da reserva do possível?

Tem-se como hipótese que tal situação é complexa e enseja apreciação do Judiciário, de modo a compreender qual direito deve se sobrepor ao outro, visto que a saúde é direito fundamental do cidadão, logo, é dever do Estado, contudo, dada a finitude dos recursos, a prestação ilimitada é inviável. Entende-se que a atuação do Judiciário deve nortear a prestação positiva por parte do Estado dentro do possível, porém, sem desrespeitar o mínimo existencial.

O objetivo geral da pesquisa é discutir as relações entre a reserva do possível e o direito fundamental à saúde. Como objetivos específicos, pretende-se apresentar a saúde como direito fundamental; Discutir a atuação do Judiciário no âmbito da masterização deste direito e refletir sobre os limites entre a reserva do possível e o mínimo existencial no âmbito do direito à saúde.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental com abordagem qualitativa, em que os artigos científicos, teses e dissertações consultados na construção do trabalho foram encontrados em repositórios digitais, como Google Scholar, Scielo e BDTD. Na parte documental, foram analisados documentos jurisprudenciais relevantes ao objeto da pesquisa.

O método dedutivo foi utilizado. O método dedutivo, segundo Prodanov; Freitas (2013), parte do geral e posteriormente aborda as particularidades da questão, ou seja, pesquisa inicialmente os princípios, leis e teorias tidas como indiscutíveis da questão e a partir do entendimento lógico gerado pela pesquisa dos princípios gerais, emite conclusões puramente formais,

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dentro da ciências jurídica, os princípios servem como elementos norteadores, de inspiração e base sólida para o ordenamento jurídico vigente, que elabora uma estrutura de normas a serem observadas pela sociedade, contendo específicas diretrizes sobre os direitos dos cidadãos, de forma preventiva e coativa para as relações da vida civil.

O Direito brasileiro abarca a noção de direito natural, que varia-se da ideia universal de justiça. É o Direito fundamentado no bom senso, racionalidade, equidade, justiça e pragmatismo, que comprehende que o homem já nasce com direitos incorporados a si. O direito natural é alicerçado por princípios que são utilizados para guiar a interpretação da norma e fundamentar as decisões (Alvarenga, 2018).

O significado do termo vem dos termos latinos *principium*, *principii*, que são definidos como começo, base. Portanto, os princípios constituem a fonte basilar para todos os ramos do direito, em sua formação e aplicação. Terméa (2002) afirma que são pontos principais que são utilizados para nortear a elaboração e aplicação do direito.

Ainda para a autora, o princípio é a alma da norma, e sendo positivado na Constituição Federal, torna-se a chave do sistema jurídico:

Percebe-se, deste modo, a importância dos princípios, pois sendo eles as vigas mestras de todo o ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, são tidos como o “coração” deste aparelho normativo, configurando-se fonte de sua legitimidade. Assim, são os princípios que dão fundamento às demais normas do sistema legal (Treméa, 2002, p. 182).

Trajano (2010) afirma haver clara distinção entre princípios e a norma jurídica. A norma jurídica constitui uma regra de caráter impositivo, e como tal deve ou não ser obedecida.

Evidentemente, as normas podem ser alteradas por meio do devido processo, porém, uma vez impostas, devem ser obedecidas. Já os princípios possuem natureza distinta:

[...]os princípios possibilitam vários graus de concretização, vinculados aos condicionamentos fáticos e jurídicos. Os princípios convivem harmonicamente, sendo necessário fazer o balanceamento de valores e interesses entre princípios divergentes, já as regras antinômicas excluem-se. As regras obedecem a lógica do tudo ou nada. Na aplicação dos princípios, devem ser ponderados outros princípios conflitantes e o seu peso no caso concreto (Trajano. 2010, p. 26).

Nery Júnior; Nery (2019) afirmam que as principais distinções entre princípio e norma estão na determinabilidade e abstração dos princípios; de forma que os princípios possuem grau superior de abstração, e necessitam de intervenção do legislador ou magistrado para ser aplicado ao caso concreto, pois são vagos e indefinidos, enquanto as regras não precisam de mediação, visto que já possuem aplicação direta.

Além disso, possuem caráter de fundamentabilidade, conforme já discutido e proximidade da ideia de direito, se aproximando aos *standards probatórios* utilizados em países da *commom law*, bem como exercem função normogenética, portanto, os princípios são considerados fonte do Direito, normas de natureza (Nery Júnior; Nery, 2019).

Os princípios que atualmente norteiam o Estado e o Direito foram instituídos na CF/88, que define em seu art. 1º os princípios fundamentais do Estado:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa V - o pluralismo político (Brasil, 1988, art. 1º)

Tais princípios serão discutidos de forma individualizada na seção seguinte, são considerados normas superiores dentro do ordenamento jurídico, de forma que Robert Alexy, autor da obra “*Teoria de los Derechos Fundamentales*” (teoria dos direitos fundamentais) afirma que os princípios seriam normas que possuem um mandamento de otimização, sendo cumpridas em graus distintos, de acordo com as características jurídicas e fáticas. Os critérios supramencionados para definir os princípios: função normogenética; fundamentabilidade; proximidade da ideia de direito; determinabilidade e abstração não são estáticos e pré-determinados, pois, a depender do critério utilizado, poderá haver conclusões diversas sob de o conceito de princípios (Alexy, 1993).

Ainda de acordo com o autor, os princípios não se apresentam necessariamente como mandamentos nucleares do sistema jurídico, mas como modelos de otimização. Por mais que sejam

criticadas as ideias de Alexy, mormente quando a distinção entre regras e princípios, o autor possui significativa relevância na conceituação de princípios fundamentais.

3 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A consciência do direito à saúde, seja como primitivo instinto de autopreservação da vida, seja como ordem permanente de manutenção da dignidade do sujeito, seja como direito fundamental inspirado no conjunto histórico dos direitos humanos, sempre esteve presente nas sociedades, como elemento fundante de construções religiosas, filosóficas e políticas (Silva; Vita, 2014).

No Brasil, a realização do direito à saúde como direito social fundamental, vem desencadeando procedimentos hábeis para exigir do Estado uma prestação positiva, por meio da elaboração de políticas, e não mais apenas que este se abstenha de intervir, discricionariamente, nas liberdades individuais dos cidadãos (Silva, 2011).

A inclusão do direito à saúde entre os direitos fundamentais atualmente previstos na Constituição de 1988, ocorre, em primeiro lugar, pela inclusão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no Título I “dos princípios fundamentais” (art. 1º, III). Em segundo lugar, pela prevalência dos direitos humanos como princípio da República a ser observado em suas relações internacionais (art. 4º, II), em terceiro lugar pela inclusão da inviolabilidade do direito à vida como garantia, no Título II “dos direitos e garantias fundamentais” (art.5º, *caput*), e, ainda, pela inclusão da saúde como direito social, no Título VIII, “da ordem social”, Seção II “da saúde” (arts.196 a 200), direitos estes que embora fundamentais, encontram-se inseridos no mesmo quadrante legal dos direitos coletivos, econômicos e culturais.

A partir da análise acima, o termo *saúde* revela pelo menos duas variantes interpretativas. Primeiro se apresenta como direito humano fundamental, de primeira geração, diretamente vinculado à manutenção da espécie humana na terra, e, em segundo lugar, como direito garantia, de segunda geração, exigindo a elaboração de políticas econômicas e sociais para a sua concreta efetivação (Silva, 2011)

E é no contexto dessa segunda variante que surge a paisagem ideal para o exercício dos direitos à saúde como direito social, a partir das prestações positivas imponíveis ao Estado e impossíveis de serem concretizadas imediatamente. Dessa maneira, uma vez questionada a autonomia desses direitos sociais, são os mesmos ordenados como diretrizes ou metas de programas a serem cumpridos, portanto, são dependentes ou mediados. Esta conclusão segue na norma constitucional, que determina que a saúde é um dever do Estado, garantido mediante políticas públicas (Brasil, 1988, art. 196).

4 JURISPRUDÊNCIA DO STF E O DIREITO À SAÚDE

O primeiro julgado a ser analisado na presente seção é o REsp nº 855.178/SE, julgado pelo Plenário do STF, com relatoria do Min. Luiz Fux, publicado no DJe em 05/03/2015. O julgado tratou do direito constitucional e adequado tratamento médico, com responsabilidade subsidiária dos entes federativos. O recurso em questão foi interposto pela União, insurgindo-se contra as decisões de instâncias judiciais que deferiram o fornecimento de um medicamento que não é fornecido pelo SUS, de nome BOSENTANA, que possui alto custo. A ação inicial foi realizada contra o Estado do Sergipe, e ficou determinado pela aquisição do medicamento, com cofinanciamento de 50% por parte da união (BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Plenário. REsp nº 855.178/SE. Rel.: Min. Luiz Fux. DJe: 05/03/2015).

Ainda que em sede inicial a demanda da autora fora deferida, a obrigação de fazer foi cessada, em razão do falecimento da autora original da ação, e o tema chegou ao STF em razão do inconformismo da União com a decisão de ser cofinanciadora da obrigação do Estado do Sergipe, o que ensejou o julgado presente analisado, que dirimiu sobre a possibilidade de responsabilização subsidiária de entes federativos na prestação do direito à saúde:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Plenário. REsp nº 855.178/SE. Rel.: Min. Luiz Fux. DJe: 05/03/2015, p. 4).

O argumento da união, em sede recursal, é de que o SUS é regido pelo princípio da descentralização e que a incumbência de fornecimento dos medicamentos pleiteados seria de responsabilidade dos órgãos locais, logo, a União figurar como polo passivo da demanda seria ilegal. Todavia, o assunto já possuía ampla jurisprudência da Corte:

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente (BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Plenário. REsp nº 855.178/SE. Rel.: Min. Luiz Fux. DJe: 05/03/2015, p. 3).

A decisão foi mantida e o STF reconheceu a constitucionalidade da responsabilidade subsidiária entre entes federativos na prestação de tratamento médico adequado. Sendo o referido julgado de repercussão geral, foi firmada a Tese nº 793, que determina: "O tratamento médico

adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente”.

Por fim, ficou verificado que o Estado possui o dever inalienável e intransferível da prestação dos serviços de saúde, sendo um dever constitucionalmente previsto como direito do cidadão, porém, trata-se de um direito subjetivo, com limitações e exceções. A jurisprudência do STF e STJ demonstra o papel do judiciário nas demandas que envolvem o direito à saúde, sendo este de extrema importância, para ao mesmo tempo, conferir ao cidadão o direito social previsto na CF/88, sem ultrapassar os limites e possibilidades do Estado.

4.1 O ESTADO SOCIAL E A PRESTAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE

O Estado Social, também conhecido como Estado de bem-estar social é o modelo de organização político e econômico que visa garantir a qualidade de vida e bem-estar da população, por meio da intervenção estatal na economia e da prestação dos serviços essenciais por meio dos direitos sociais. No que tange à saúde, o Estado brasileiro possui o dever de garantir a prestação material deste direito (Santos, 2012).

O Estado social estabelece sistemas públicos de saúde, para garantir a materialização do direito à saúde. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser afirmada como Direito Fundamental com pressupostos da garantia de equidade e integridade no acolhimento à população, o que requer que a saúde seja vista não apenas como a ausência de doenças, mas sim, como a efetivação da qualidade de vida. Partindo do pressuposto do direito social a saúde é que se tem no Sistema Único de Saúde, criado pela Constituição de 1988 e regulamentado em 1990, se configura como uma importante ferramenta do Estado para a implementação de Políticas Públicas para o Direito em saúde (Cavalcanti, 2021).

Entre os desafios enfrentados para efetivar a acessibilidade do cidadão aos serviços de saúde, estão a extensão do atendimento e manutenção da qualidade, na qualificação e corresponsabilização dos profissionais da rede SUS. Para a qualidade no atendimento ao paciente é necessário que a equipe profissional esteja preparada e capacitada. Todos os colaboradores inseridos no contexto da saúde, em nível hospitalar, emergencial ou primário, devem prestar cuidados humanizados ao paciente, como forma de inseri-los em uma atuação ativa de cidadania em reconhecimento de seus direitos fundamentais proporcionados pelo acolhimento (Cavalcanti, 2021).

O princípio da equidade se relaciona com o fato de o sistema de saúde possuir o escopo na desigualdades em saúde, garantindo que as pessoas com maiores necessidades de saúde recebam

atenção prioritária. Logo, isso implica em direcionar mais recursos e serviços para áreas e grupos mais vulneráveis (Teixeira, 2011).

No âmbito da integralidade, o sistema deve oferecer de serviços de saúde integrais, abrangendo desde a prevenção até a reabilitação, considerando as necessidades físicas e mentais do indivíduo. O foco está na atenção integral à saúde, não apenas no tratamento de doenças (Farena, 1997). O princípio da regionalização prevê a organização de forma regional, de modo a descentralizar a gestão e a oferta de serviços de saúde. Isso visa adaptar os serviços às necessidades específicas de cada região do país (Brasil, 2000).

O princípio da hierarquização determina que o sistema deve estabelecer uma hierarquia de serviços de saúde, de modo que as unidades de atendimento básico sejam a porta de entrada preferencial para os pacientes, com encaminhamentos para níveis mais especializados, quando necessário (Brasil, 2000). O princípio da descentralização do serviço, determina que a gestão do SUS deve envolver os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Cada esfera de governo tem suas responsabilidades na organização e financiamento do sistema.

A participação social está relacionada com a participação da comunidade na gestão do SUS, sendo este um princípio fundamental. Os cidadãos têm o direito de participar ativamente na formulação, fiscalização e controle das políticas de saúde (Silva, 2011). Por fim, o financiamento adequado prevê que para o funcionamento correto do sistema, o financiamento deve ser realizado da forma prevista em lei, com participação das três esferas do governo, assegurando suficientes recursos para a manutenção e otimização dos serviços (Brasil, 2000).

Por fim, estes princípios supracitados organizam e estruturam o funcionamento do sistema de saúde brasileiro, visando assegurar o serviço universal, equitativo e de qualidade, nos moldes da norma constitucional e da legislação infraconstitucional.

5 A RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da reserva do possível surgiu como uma forma de equilibrar a efetividade de direitos sociais, como o direito à saúde, e a realidade de recursos limitados para sua implementação. Historicamente, esse princípio foi elaborado na Alemanha pós-guerra para ponderar a dignidade humana e as limitações orçamentárias do Estado, evidenciando a tensão entre a obrigação estatal de garantir direitos fundamentais e a impossibilidade de providenciar recursos ilimitados (Silva, 2011). Ao explicar seu conceito, Silva; Vito (2014, p. 254), afirmam que:

A ideia central de tal princípio é a destinação de todo o possível para atender os direitos fundamentais do indivíduo, até o seu esgotamento, no entanto, com intuito de evitar que se coloque em risco o orçamento público. Não se trata, portanto, da negativa do Estado em cumprir os direitos, ou negar direitos aos cidadãos, mas, sim, de limitar o que não há condições de atender.

Na mesma esteira, Sarlet; Figueredo (2008) afirmam que pelo fato de os direitos sociais exigirem prestação positiva por parte do Estado; diferentemente, inclusive, dos direitos de primeira geração, que exigem prestação negativa¹, aponta-se para sua dimensão economicamente relevante, de modo que para materializar tais direitos, o Estado necessita de recursos financeiros, que são caracterizados pela escassez (Toledo, 2019), daí surge a necessidade de impor um limite para tais prestações materiais.

Ainda conforme mencionam Sarlet; Figueredo (2008) o legislador ordinário é dotado de discricionariedade, logo, diante de seu plano político legitimado democraticamente por meio do sufrágio, pode optar por alocar mais recursos em determinadas áreas. Consonante à isso, o professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2012) afirma que caso os direitos fundamentais fossem absolutos e o Estado fosse obrigado à prestá-los integralmente, não haveria necessidade da existência do Legislador.

No contexto jurídico brasileiro, a Carta Política de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social fundamental, reforçado pela criação do SUS, que assume a responsabilidade de ofertar serviços universais e equitativos de saúde para todos os cidadãos, contudo, Sarlet; Figueredo (2008) afirmam que a escassez dos recursos e a discricionariedade do Legislador ordinário são limitadores da materialização plena dos direitos sociais. Todavia, tal argumento não se sustenta para defender a prestação positiva débil ou insuficiente:

[...] Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (Sarlet; Figueredo, 2008, p. 15).

A reserva do possível deve ser interpretada no âmbito do mínimo existencial, ou seja, o Estado deve, no mínimo, assegurar condições básicas que garantam a dignidade humana. No âmbito do Judiciário, a reserva do possível é muitas vezes citada para justificar limitações na execução de direitos, contudo, a posição doutrinária já amplamente consolidada é de que essa reserva não pode

¹Como os direitos fundamentais à vida, liberdade, propriedade e liberdade de expressão/imprensa, inspirados pela Carta da Virgínia (1779) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), conforme apontam Souza Neto; Sarmento (2013, p. 78).

restringir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo na área de saúde, por estar intrinsecamente ligada à dignidade humana e à vida (Pimenta, 2012; Silva, 2011).

Desta feita, a reserva do possível não isenta o Estado de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o acesso à saúde, sendo utilizada para mediar a aplicação de recursos de maneira proporcional. No entanto, o Judiciário intervém em diversas situações para assegurar o direito à saúde, impondo ao Estado a obrigação de disponibilizar tratamentos e medicamentos mesmo quando alega limitações orçamentárias, reafirmando que o mínimo existencial não pode ser comprometido em nome da escassez de recursos (Sarlet; Figueiredo, 2008).

Portanto, cedo afirmar que a reserva do possível e o mínimo existencial formam uma relação de equilíbrio no direito à saúde: enquanto a reserva do possível traz uma abordagem prática sobre os limites financeiros, o mínimo existencial impõe que o Estado garanta um nível essencial de saúde que não comprometa a dignidade dos cidadãos. Tal relação será melhor abordada em momento oportuno.

Frequentemente, o STF dirime casos em que o ente estatal alega a impossibilidade da prestação positiva para a garantia dos direitos sociais, pelas limitações orçamentárias decorrente da reserva do possível, e normalmente, afasta este argumento, que não deve justificar o descumprimento de seus deveres sociais, mormente nos casos em que o direito pleiteado pelo jurisdicionado integra o mínimo existencial. Neste caso, cita-se a decisão proferida pela corte ARE 639.337 AgR/SP, em que pleiteava-se a criação de vagas de pré-escola e creche para o atendimento de crianças de 5 anos:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a Turma. AG.REG. no recurso extraordinário com agravo 639.337 São Paulo. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília: DJ, 23/08/2011, p. 3.).

A jurisprudência do STF entende ser inviável a invocação da cláusula de reserva do possível para fraudar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas, sendo vedado, portanto, o retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração, por parte do Poder Público, de direitos prestacionais, especialmente quando a demanda compõe os direitos integrantes do mínimo existencial.

5.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

O Estado democrático, instituído e legitimado pela vontade popular soberana, deve normatizar em direitos os interesses e valores do povo, e destes, os direitos fundamentais, são os mais relevantes. Sendo Estado de direito, funda-se na ordem jurídica hierarquizada, em que a Constituição ocupa o lugar mais alto, e as normas constitucionais com mais peso axiológico são as que definem os direitos fundamentais.

Os elementos centrais do mínimo existencial, são os direitos fundamentais mínimos e a dignidade humana (Toledo, 2019). Dentre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos (CF, art. 6º), poucos relacionam-se com o mínimo existencial, e estes podem ser denominados direitos fundamentais sociais mínimos, e apenas o núcleo fundamental destes, formam o conteúdo do mínimo existencial (Toledo, 2019).

A definição do que efetivamente trata-se o mínimo existencial é ampla e constitui celeuma doutrinária e jurisprudencial em diversos Estados democráticos, de modo que verifica-se na literatura, diversos autores que asseveram que o direito à moradia é integrante do mínimo existencial (Sarlet; Zockun, 2016).

O mínimo existencial é uma construção doutrinária e jurisprudencial, portanto, não há normas constitucionais ou infraconstitucionais que abordem o mínimo existencial, seu conceito e conjunto de direitos que o compõem, em que pese o fato de a CF/88 mencionar que a saúde (art. 196), educação (205) práticas esportivas (art. 217), meio ambiente (art. 225) e todos os demais direitos sociais serem definidos como dever do Estado, a Carta não menciona em que medida estes direitos devem ser cumpridos, havendo, em que pese resultado de determinados preceitos constitucionais por implicitude (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), discricionariedade do legislador e atuação conforme a possibilidade, reserva do possível e necessidade da população.

Não se discute que o Estado deve prover a saúde por meio do Executivo em Políticas Públicas e pelo Poder Legislativo por meio de Leis que atendam o Estado Democrático de Direito.

Cediço mencionar que o direito à saúde deve ser prestado pelo Estado, incluindo todos os entes federativos, cabendo à estes o cumprimento de algumas determinantes, como:

- [...] i) o princípio da dignidade humana;
- ii) o direito ao mínimo existencial, que se refere a “um conjunto de bens indispensáveis para satisfação dos seus direitos fundamentais primários”;
- iii) a vedação do retrocesso social, que impede que haja redução da atuação estatal que já tenha sido consolidada socialmente; e
- iv) o dever de progresso, que diz respeito à melhoria qualitativa e quantitativa das prestações positiva do Estado (Vieira, 2020, p. 11).

O mínimo existencial, associado à ideia de “mínimo social” de John Rawls (2002)² sendo o limite intransponível que deve ser assegurado a cada indivíduo para garantir condições de vida dignas, incluindo o acesso à saúde. Este princípio representa um patamar mínimo que o Estado não pode negar, independente das dificuldades orçamentárias, pois integra o núcleo essencial dos direitos humanos.

Por outro lado, ficou compreendido que a reserva do possível é um princípio que pondera as limitações práticas e financeiras na prestação de serviços e implementação de políticas públicas, pressupondo que o Estado não é obrigado a prover serviços e bens de forma ilimitada, devendo respeitar as restrições orçamentárias e as prioridades de gestão. No entanto, o direito à saúde frequentemente coloca esses princípios em conflito, dado que a concretização desse direito envolve altos custos e exige uma alocação significativa de recursos, que por sua natureza, são escassos (Vieira, 2020; Oliveira, 2022).

Nessa dinâmica, o Judiciário é convocado a equilibrar essas duas premissas ao decidir sobre demandas judiciais de saúde. Para tanto, é necessário um entendimento que respeite tanto o mínimo existencial – que protege o cidadão de retrocessos inaceitáveis nas condições de vida – quanto a reserva do possível, que visa a sustentabilidade das políticas públicas e o uso racional dos recursos estatais. A aplicação desses princípios na prática deve buscar um ponto de equilíbrio que permita o atendimento das demandas de saúde fundamentais sem comprometer a viabilidade financeira do Estado em atender outras necessidades igualmente prioritárias (Silva; Vita, 2014).

Assim, a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no direito à saúde estabelece um terreno de tensão e equilíbrio, onde o mínimo existencial atua como uma barreira mínima inegociável e a reserva do possível busca adaptar essa proteção aos limites da realidade financeira estatal, garantindo que o direito à saúde seja efetivado de maneira justa e sustentável.

5.2 RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, deve-se compreender, com fulcro na cláusula da reserva do possível e nas limitações orçamentárias, que o Estado não pode materializar o direito à saúde, e nenhum outro direito, de forma integral, nem os princípios jurídicos devem ser interpretados dessa forma, pois, tolheria a discricionariedade do Legislador ordinário em suprir as demandas sociais conforme a necessidade (Farena, 1997; Vieira, 2020)

²O elemento constitucional essencial em questão é o de que, abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais. Não cabe à concepção política definir o que determina o nível de bem-estar e educação abaixo do qual isso acontece. É preciso considerar a sociedade em questão (RALWS, 2002, p. 213-214).

Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais, responsável por conferir a dignidade e mínimo existencial aos hipossuficientes, demanda custos, e dado que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais e seu custeio é realizado pelos recursos disponíveis no erário público, cuja escassez lhe é característica, há uma limitação para o patamar em que o Estado pode garantir o mínimo para os cidadãos mais necessitados.

E neste contexto, os países mais ricos dispõem de orçamento maior, e em muitos casos, menos desigualdade socioeconômica, e podem garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma mais eficiente e abundante do que os países mais vulneráveis economicamente. Toledo (2019) relembra que em que pese a dignidade seja um conceito aceito universalmente e seja objeto de tratados internacionais, sua efetivação ocorre pela ação estatal, portanto, cada país possui distintas condições, ideologia e metodologia para a garantia do núcleo dos direitos que compõem o mínimo existencial.

O direito à saúde possui um núcleo essencial de difícil definição. Luciano Moreira De Oliveira (2020) analisa seu núcleo segundo a abordagem das capacidades de Amartya Sen e define que este direito tutela a vida humana como bem jurídico fundamental, o que possibilita o gozo dos mais direitos. Com efeito, segundo a abordagem das capacidades, o direito à saúde é garantido quando o sujeito está em condições de saúde suficientes para participar da vida social e na definição das políticas sociais. Por óbvio, a própria natureza humana acarreta condições de saúde em que a participação social é impossível.

O custo da efetivação dos direitos fundamentais é amplamente debatido na doutrina e jurisprudência, e impacta diretamente sua concretização. A Administração Pública deve lançar mão de políticas públicas eficientes, baseado no perfil epidemiológico da região administrada, na disponibilidade orçamentária para a saúde, a essencialidade dos medicamentos e na política farmacêutica vigente, para garantir a efetivação do direito à saúde pela autoridade competente, o Executivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à saúde como um direito fundamental, integrando-o ao conceito de dignidade humana e exigindo do Estado a implementação de políticas públicas adequadas para sua efetivação. Contudo, a garantia desse direito encontra-se em tensão com o princípio da reserva do possível, que limita a atuação estatal frente à disponibilidade orçamentária e ao equilíbrio fiscal. Nesse cenário, o Judiciário deve intervir em situações em que o Estado falha em assegurar o mínimo existencial, representando um balizador na busca pelo equilíbrio entre a viabilidade econômica e a proteção dos direitos fundamentais.

A reserva do possível, embora legítima para a preservação dos recursos públicos, não pode ser invocada de maneira irrestrita para justificar omissões estatais que comprometam a saúde dos cidadãos. A jurisprudência pátria reafirma que o mínimo existencial, ao englobar o direito à saúde configura um limite intransponível às políticas públicas, inviabilizando retrocessos que afetem direitos já consolidados.

Assim, conclui-se que a efetivação do direito à saúde exige uma harmonização entre os poderes, com um diálogo contínuo entre a capacidade fiscal do Estado e o imperativo de proteção dos direitos sociais, de forma a preservar a dignidade humana e promover o bem-estar da população, sem comprometer a estabilidade financeira necessária para atender demandas igualmente essenciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de estudios constitucionales. Colección: El derecho y la justicia. DIAS, Elias (org.). Madrid: 1993. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. **Rev. Fac. Dir.** Uberlândia, MG: v.46, n.1, p.157-185, jul./dez. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Emendas constitucionais de revisão. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **AG.REG. no recurso extraordinário com agravo 639.337** São Paulo. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília: DJ, 23/08/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 25 out. 2024

BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **REsp nº 855.178/SE**. Rel.: Min. Luiz Fux. DJe: 05/03/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 25 out. 2024

CAVALCANTI, M.R.H. **Direito a saúde e judicialização**: a necessidade de reconstruir consensos ante os avanços científicos e o orçamento público. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

FARENA, D.V.M. A saúde na Constituição Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997.

NERY JÚNIOR, NELSON. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada** 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2019

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Conteúdo normativo do direito à saúde: Definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 59 n. 234 p. 197-215 abr./jun. 2022

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata**: primeira conferência internacional sobre cuidados primários de saúde. Genebra, 1978.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

PRODANOV, Cleber Cristiano. FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ª Ed. Novo Hamburgo: Associação Pró-Espresso Superior em Novo Hamburgo – ASPEUR; Universidade Feevale, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SANTOS, Victor Villalva Ribeiro dos. **Judicialização da Saúde:** necessidade de privilegiar a estrutura do SUS. Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2012. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3310/1/MONOGRAFIA%20-%20VICTOR%20VILLALVA%20RIBEIRO%20DOS%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. In: HACHEN, Daniel Wunder. GARBADO, Emerson. SALGADO, Enida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Anais do Seminário realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016, 65-88p

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP., 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

SILVA, Karina Zanin da. VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho, belo horizonte: fórum, 2013, p. 78.

TOLEDO, Claudia. Mínimo existencial e dignidade humana. In: CUNHA, Silvério da Rocha et al. [org.]. **Justiça e direitos humanos numa era de transição perspectivas cruzadas**. Famalicão/PT: Edições Húmus, 2019

TRAJANO, Fábio de Souza. Princípios **constitucionais aplicáveis ao direito do consumidor e sua efetividade**. Itajaí/SC: Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE, 2010.

TREMÉA, Elizângela. Princípios constitucionais como fonte do direito. **Direito em Debate**, Ano X nº 16/17 jan./jun. 2002

VIEIRA, F.S. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Textos para Discussão**. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020.