

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 12/03/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34769-direito-fundamental-sa-de-m-nimo-esistencial-e-a-reserva-do-poss-vel>**

**Autore: Juliana Demori de Andrade**

**Direito fundamental à saúde: mínimo existencial e a reserva do possível**

## **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Juliana Demori de Andrade<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Objetiva-se no presente trabalho o estudo da função do Judiciário na fomentação do Direito à Saúde como sendo um Direito Fundamental constitucionalmente previsto. Primeiramente, é abordada a relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito à Saúde, para em seguida apresentar os principais dispositivos legais que salvaguardam tal Direito. Logo após, passa-se à análise da realidade da saúde pública no Brasil, como forma de ilustrar como se dá a tentativa de efetivação dessa prerrogativa constitucional no contexto brasileiro. Posteriormente, conceitua-se e define os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, traçando os limites impostos de um sobre o outro, os quais vão servir na solução de conflitos que versarem sobre Direito à Saúde. Por fim, realiza-se um estudo sobre a competência do Poder Judiciário em matéria de Direitos Fundamentais com o intuito estabelecer o âmbito em que o mesmo pode realizar controle jurisdicional sobre a prestação de saúde pública. Esta pesquisa utiliza os tipos bibliográfico e documental. O método utilizado para a pesquisa bibliográfica foi o dedutivo. Já para a pesquisa documental utilizou-se o método comparativo. A técnica utilizada para o tipo de pesquisa teórica ou bibliográfica é a análise textual, temática e interpretativa da bibliografia selecionada e estudada. Para o tipo de pesquisa documental, utiliza-se a técnica de análise histórica e de conteúdo.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito à Saúde, Direitos Fundamentais, Constituição Federal, Mínimo Existencial, Reserva do Possível.

### **INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduada pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada inscrita na OAB/MG. E-mail: judemori@hotmail.com.

A Constituição Federal restaria ameaçada de corresponder à letra morta se os diversos dispositivos criadores de Direitos subjetivos não encontrassem instrumentos eficazes na promoção social e concreta desses Direitos. A norma abstrata só ganha aplicação concreta quando existem instrumentos, órgãos e procedimentos capazes de efetuar tal aplicação.

A judicialização do Direito à Saúde, como dos demais Direitos Fundamentais, é um fenômeno recente, intensificado com a promulgação da Carta Magna de 1988, e que surge da necessidade de se promover a saúde pública, retirando-a do *status* de simples formalização de uma garantia ao ser humano, para transformá-la em realidade social, dando-lhe efetividade.

O primeiro item vai tratar dos aspectos conceituais relativos à dignidade da pessoa humana e ao Direito à Saúde, relacionando ambos os conceitos, de forma que um pressupõe o outro. Além disso, esse item vai abordar a evolução da previsão legal do Direito à Saúde no âmbito nacional e internacional, bem como, os principais diplomas que regulam o tema.

Já o segundo item traz uma análise da realidade atual do país, no que se refere à tentativa de efetivação da saúde pública, com o intuito de ilustrar com dados mais palpáveis os obstáculos existentes entre a formalização de um Direito básico em um dispositivo normativo e a sua concreta promoção.

O terceiro item confronta o princípio do mínimo existencial e o da reserva do possível, elucidando os limites que um encontra em face do outro. Tais princípios são de grande relevância na construção pelo magistrado de sua decisão e por esse motivo, através da observação de algumas decisões dos Tribunais, são estudados de modo mais detido no presente trabalho.

Por último, o quarto item busca definir e delimitar a função e esfera de competência do Poder Judiciário em matéria de defesa de Direitos Fundamentais, principalmente quanto ao Direito à Saúde, estabelecendo os limites de intervenção do judiciário nas esferas executivas e legislativas, com o intuito de respeitar a Separação dos Três Poderes, desenhando a esfera do controle jurisdicional em matéria de saúde pública.

## 1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e devido à experiência das atrocidades vividas na mesma, a dignidade da pessoa humana é alçada como valor central e núcleo de todos os Direitos Fundamentais na maioria das Constituições Ocidentais. No Brasil, apenas com a Constituição Federal de 1988 que a proteção dos Direitos Humanos assume tom claramente teleológico relacionado com a dignidade intrínseca ao homem.

De fato, o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 elege dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, além disso, a Carta Magna dispõe que a dignidade humana está intimamente relacionada ao exercício da atividade econômica pelo Estado (art. 170, *caput*), é essencial na constituição da família (art. 226, § 7º) e trata-se de um Direito Fundamental da criança, do adolescente e do idoso (art. 227, *caput* e art. 230, *caput*).

As diversas alusões à dignidade da pessoa humana presente no Diploma Maior permite concluir que a mesma consiste em um princípio<sup>2</sup> alicerce do Estado Constitucional e que fundamenta todos os demais princípios. Essa afirmação corrobora o entendimento de que “sua densidade jurídica [do princípio da dignidade humana] no sistema constitucional há de ser,

---

<sup>2</sup> Importante ressaltar, segundo a concepção desenvolvida por Alexy e Ronald Dworkin, que as normas constituem um gênero composto por duas espécies, que são: Princípios e Regras. Havendo conflito entre regras utilizam-se os critérios trazidos pela doutrina e pela LICC, como a lei superior revoga a inferior quando essa estiver em desacordo com aquela (fundamento na legitimidade da lei inferior na superior, segundo a hierarquia das normas de Kelsen), a lei posterior revoga a anterior quando houver disposição expressa ou forem incompatíveis em suas disposições e a lei mais especial prevalece sobre a geral quando tratarem do mesmo tema. Já no que se refere ao conflito entre princípios, Alexy leciona que se deve usar o critério da ponderação analisando-se a aplicação dos princípios atinentes a determinada matéria no caso concreto. Vale ressaltar que a aplicação de um princípio a uma situação específica não resultará na supremacia do princípio ora preferido sobre o preterido em todas as situações em que esses colidirem. Nesse sentido ver ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2ed. São Paulo: Landy, 2005 ; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 3 ed. São Paulo: RT, 2009.

portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas esse princípio não deve ser outro (...)”<sup>3</sup>.

Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso<sup>4</sup> reflete que:

O Estado constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos Direitos Fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos Direitos Fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais Direitos.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio-fundamento que tem seus efeitos propagados por todo o ordenamento jurídico, por orientá-lo axiologicamente e por servir como critério de validade das normas pertencentes ao mesmo, funcionando ora como parâmetro de interpretação teleológica de todas as demais normas, ora como elemento de ponderação de interesses no caso de ocorrência de conflito entre princípios.

A dignidade da pessoa humana estabelece que todos tenham acesso a uma existência digna a qual corresponde ao denominado mínimo existencial, qual seja: saúde básica, educação fundamental, assistência e acesso à justiça<sup>5</sup>. Nesse diapasão, como meio sem o qual não é possível alcançar-se a dignidade da pessoa humana, o Direito à saúde recebe pela Constituinte de 1988 especial atenção no momento em que o texto constitucional é redigido.

Primeiramente, tal Direito recebe proteção por ser decorrente do Direito à vida, positivado no *caput* do artigo 5º da Carta Magna. Mais adiante, de forma expressa, é positivado como um Direito social (art. 6º), sendo um Direito de todos e cujo dever de promoção é do Estado (art. 196). Além disso, a Constituição Federal ainda determina que as normas definidoras dos Direitos Fundamentais possuam aplicação imediata, não tendo natureza meramente programática (art. 5º, §1º). Dessa forma, tem-se, com base no texto

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 233.

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso realizado em 14 de jan. de 2012. p. 10.

<sup>5</sup> Cf. SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65.

constitucional brasileiro, assegurado o Direito à Saúde a toda a população, devendo o Estado garantir sua efetividade e aplicabilidade através de políticas sociais e econômicas.

O conceito de saúde vai variar conforme a cultura e a sociedade, as necessidades econômicas e políticas e as implicações legais dessa conceituação. Porém, a definição mais difundida é a elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que entende que a saúde “é um estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”. Para que seja, então, alcançada uma completa implementação do Direito inviolável à saúde é necessário que toda uma gama de Direitos do cidadão e, conseqüentemente, da coletividade sejam observados.

É importante que existam ações de vigilância e de organização de serviços e sistemas de saúde, por parte do Estado o qual deve implementar o Direito a um saneamento básico, a um tratamento adequado e ao acesso universal a medicamentos e outras tecnologias farmacêuticas. Permitindo assim, em um primeiro plano, o controle e prevenção de doenças e infecções, assegurando, a cada indivíduo, uma qualidade de vida elevada e, em última análise, garantindo eficácia e aplicabilidade devida ao Direito Fundamental à Saúde<sup>6</sup>.

Na esfera nacional, além dos artigos presentes no Diploma Constitucional o Direito à Saúde é disciplinado pelas Constituições Estaduais, que buscam atender as necessidades particulares da localidade a qual se referem, pela legislação esparsa e pelos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais. Especial atenção se dá à Lei 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde, cuja principal função é regular o funcionamento e a organização da prestação de serviço público de saúde.

---

<sup>6</sup> A eficácia, ao lado da vigência e da validade ética, é um dos pressupostos da norma jurídica, e relaciona-se à produção de efeitos da norma no mundo real. Considerando a proteção das patentes como um direito fundamental (positivado no rol dos Direitos Fundamentais do art. 5º da CF/88), faz-se mister trazer à lume as palavras de Wilson Steinmetz acerca do conteúdo dos Direitos Fundamentais como limitador da conduta estatal. Para referido autor: “No marco do Estado Constitucional contemporâneo os Direitos Fundamentais continuam operando como limites ao poder do Estado. Contudo, diferentemente da época do Estado liberal de Direito, agora a vinculação é muito mais estrita, forte e abrangente. É estrita e forte porque emana, direta e indiretamente, da Constituição como fonte normativa fundamental e de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. É mais abrangente porque estende-se também, e sobretudo, ao Poder Legislativo. Agora os Direitos Fundamentais, como Direitos de defesa – Direitos civis e políticos, isso é, Direitos de liberdade – operam como reais limites aos poderes públicos. Os Direitos Fundamentais são uma categoria especial de Direitos.” STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 82.

Já no âmbito internacional, considerando sua importância principiológica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) em seu preâmbulo destaca, dentre outros, como objetivos a serem perseguidos pelos países membros da Organização das Nações Unidas o progresso social e a busca de melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Mais adiante, o artigo III da DUDH positiva o Direito à vida como inerente a toda pessoa. No entanto, de forma mais objetiva, o artigo XXV dessa mesma Declaração determina que “*Toda pessoa tem Direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar (...)*”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, reconheceu a saúde como um Direito Humano. Um Direito Humano é um Direito moral universal, algo que todos os homens devem ter em qualquer lugar e tempo, algo do qual nenhuma pessoa pode ser privada sem uma grave ofensa à justiça; é, portanto, devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano<sup>7</sup>.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, foi um marco para a história da saúde no Brasil, tendo forte influência na confecção da Constituição de 1988. Nesse momento, a real noção de “Direito à Saúde” é realmente debatida no país enquanto Direito Humano, definindo-o como uma garantia estatal de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade<sup>8</sup>.

Sublinha-se que não é suficiente o fato de que a Constituição brasileira de 1988 siga as diretrizes apontadas pelo relatório, nem mesmo que a natureza hierárquica de Direitos

---

<sup>7</sup> Cf. GOMES, D. G. P.. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas. *Revista de Direito Constitucional*, ano 11, n.45, out./dez. 2003, p. 122.

<sup>8</sup> “Assim, para o pleno exercício do direito à saúde implica garantir: trabalho com condições dignas, com amplo conhecimento e controle dos trabalhadores sobre o processo e o ambiente de trabalho; alimentação para todos, segundo as suas necessidades; moradia higiênica e digna; educação e informação plenas; qualidade adequada do meio ambiente; transporte seguro e acessível; repouso, lazer e segurança; participação da população na organização, gestão e controle dos serviços de saúde (o que ocorre com o SUS – Sistema Único de Saúde oficializado pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 198); direito à liberdade; à livre organização e expressão; e acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis” (BRASIL. Ministério da Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final. Brasília, DF. 10-12 de Outubro de 1986.).

Humanos sofra recente alteração pelo STF<sup>9</sup>. Mesmo porque, fica claro no texto produzido na VIII Conferência Nacional de Saúde que o Direito à Saúde não vai e não irá simplesmente materializar-se pela sua formalização, e sim pela consolidação de políticas públicas eficientes.

É imprescindível que o Estado democrático assista o indivíduo, não só cubra suas necessidades básicas, mas garanta uma vida saudável. É preciso arguir, como Jaimilson Silva Paim o faz, se o “Estado capitalista moderno pode dispensar os efeitos ideológicos de legitimidade conferidos pelo reconhecimento dos Direitos Sociais e pela melhoria dos serviços de saúde, numa sociedade clivada por contradições e desigualdades como a brasileira”<sup>10</sup>.

Só é possível realizar os serviços básicos de dignidade humana, garantidos a cada indivíduo pela Carta Magna de 1988, quando o Estado se abstém de incompetências administrativas, do clientelismo e de resistências imediatistas e corporativas. Desse modo, o Estado deve utilizar-se de seus instrumentos para garantir a necessidade dos cidadãos de equidade e justiça no campo da saúde, e de meios que permitam o acesso universal à saúde. É necessária a implantação de formas de tratamento que vise envolver o indivíduo e promover o alcance do Direito também nas chamadas párias sociais<sup>11</sup>, permitindo uma inclusão cada vez maior.

---

<sup>9</sup> STF mudou seu entendimento no julgamento do HC 87.585/TO, cujo relator fora o ministro Marco Aurélio, que defendeu a tese de que os Tratados Internacionais tem hierarquia supralegal (ou seja, **hierarquicamente acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal**. Dentre esses tratados internacionais, destacam-se o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.). Foram votos vencidos os ministros: Celso Mello, Cezar Peluzo, Ellen Gracie e Eros Grau, que defendiam a hierarquia constitucional dos tratados. A alteração ocorreu no dia 03.12.2008 e, com isso, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil assumem no ordenamento jurídico nacional, as seguintes posições hierárquicas: hierarquia supralegal; hierarquia constitucional; e, hierarquia ordinária (legal).

<sup>10</sup> PAIM, Jaimilson Silva. Direito à saúde, cidadania e Estado. In: Brasil. Ministério da Saúde. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. s.l, Brasil. Ministério da Saúde. Centro de Documentação, 1987. p.45-59.

<sup>11</sup> De fato, o pensamento do indivíduo, desse indivíduo às margens da sociedade, leva a crer que aquilo que ele recebe é um mero favor estatal. Assim, como esperar que a única forma de participação política que esse conheça, a eleição, não venha a trocar seu voto por um favor ou mesmo que o ato de votar seja totalmente displicente. Por isso, para autores como **Niklas Luhmann**, o próprio direito não pode ser legitimado para as chamadas párias sociais. Nesse contexto, o que esperar do indivíduo sem qualquer tipo de assistência digna à saúde e, ainda, como poder esperar que esse reflita sobre a realidade circundante. (Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980).



Estender o Direito à Saúde a todos, defronta-se com grande dificuldade nos países do antigo terceiro mundo, até então assim reconhecidos partindo-se do conceito de economias subdesenvolvidas ou de industrialização tardia. Em certa medida, a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização Panamericana de Saúde (OPAS) encontram sensíveis dificuldades de aplicabilidade desse Direito junto aos governos inseridos nesse contexto.

Assim sendo, um Estado que se preocupa em assumir políticas que garantam o bem-estar social e a qualidade de vida elevada dos indivíduos, apenas possível com uma saúde plena, é um Estado que busca a efetividade<sup>12</sup> da promoção da saúde pública, que tutela o Direito à vida e que, portanto, em última análise, respeita os Direitos Humanos.

## 2. OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O liberalismo e a salvaguarda dos Direitos Individuais e Políticos defendida pelo mesmo impôs ao Estado uma postura negativa em face dos indivíduos, de modo a abster-se de agir. Por sua vez, com o constitucionalismo social surgido a pouco mais de cinquenta anos, os Direitos Sociais e Econômicos exigem uma conduta positiva do Estado, o qual passa a ter a

---

<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso, acerca da efetividade das normas constitucionais pondera que “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

(...)

- 1) A Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social;
- 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa;
- 3) As normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados;
- 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.”

obrigação de implementar estruturas e sistemas capazes de satisfazer tais Direitos, tarefa essa bem mais complexa.

Acontece que a história constitucional do Brasil é marcada pela instabilidade, afinal basta observar que em menos de dois séculos o país teve oito constituições diversas. Tal fato tem como consequência o descrédito da Carta Maior como instrumento normativo, o que reduz a efetividade de suas normas, provocando uma grave disparidade entre o objetivado pela Constituição e aquilo concretamente obtido no plano social.

Como já assentado, a Constituição Federal dota os Direitos Fundamentais, nesse rol incluso o Direito à Saúde, de aplicabilidade direta e, portanto, de eficácia. Ocorre que a efetividade de tal Direito não é alcançada com a sua mera formalização, de modo que para os indivíduos terem seus Direitos Sociais tutelados é imperativo que o Estado assumira uma conduta positiva, por meio de políticas públicas direcionadas à implementação dos mesmos. Todavia, a realidade atual da saúde pública no Brasil está distante do ideal de efetivação desse direito constitucionalmente garantido.

Para ilustrar tal afirmação, em 2008, última atualização do Ministério da Saúde, o Brasil investiu 3,6% do PIB na Saúde<sup>13</sup>, não havendo significativa alteração nos gastos com esse setor, haja vista que em 1989, quase 20 anos antes, foi gasto 3,3% do PIB brasileiro<sup>14</sup>, de modo que a participação no PIB brasileiro das verbas destinadas à saúde está muito aquém daquela realizada pela maioria dos países desenvolvidos. A título de exemplo EUA investe 16% do seu PIB em saúde, enquanto que Alemanha 10,5% e Portugal 9,9%. Em outra perspectiva, tem-se que o Brasil, não obstante ser a 6ª maior economia do mundo encontra-se na posição 22ª no que se refere a investimentos do PIB em saúde.

Quanto à utilização do SUS pela população, tem-se que 75% dos brasileiros dependem exclusivamente da prestação de saúde pública, além disso alguns daqueles que dependem da saúde privada utilizam certos serviços junto à rede pública. Em contrapartida, a distribuição

---

<sup>13</sup> PORTAL R7. **Brasil gasta com saúde pública metade do que investem países como Alemanha e Canadá.** Disponível em <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/gasto-com-saude-publica-no-brasil-e-metade-do-usado-nos-paises-que-tem-esses-servicos-de-graca-20110921.html>>.

Acesso em 15 de jan. de 2012.

<sup>14</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148.

de médicos entre o setor privado e público não guarda paridade com os dados anteriormente expostos, uma vez que apenas 45% dos médicos atendem junto ao SUS<sup>15</sup>.

Ademais, existem diversas falhas sistêmicas na promoção da saúde pública no Brasil que não permitem ao país sair de um quadro de baixo desenvolvimento social. A título de exemplo, doenças consideradas extintas no mundo ou existentes apenas em países subdesenvolvidos ou com baixo desenvolvimento relativo são motivos de alta mortalidade no país, sem falar que a desnutrição ainda mata milhares de crianças todos os anos. Sem falar que os leitos hospitalares, na rede pública, são insuficientes em relação ao número de pessoas que utilizam desses serviços; o saneamento básico e a coleta de resíduos sólidos não alcançam grandes parcelas da sociedade; muitos medicamentos essenciais são vendidos a preços inacessíveis a uma fração importante da população; e, indiretamente, a baixa qualidade da educação formal prejudica a prevenção sanitária e de doenças sexualmente transmissíveis<sup>16</sup>.

Esses poucos dados aqui trazidos elucidam a situação caótica na qual se encontra a saúde pública no Estado Brasileiro. Para que esse quadro negativo sofra alterações é imprescindível que todo um aparato seja acionado, com participação ativa dos cidadãos, os quais devem ser conscientizados a buscar a aplicação concreta da norma.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>17</sup>, a participação da sociedade civil pode ocorrer tanto por um meio não-institucional, ou seja, por pressão política, quanto por mecanismos institucionais, por exemplo, pelo referendo, pelo plebiscito ou pela via judicial, através da tutela coletiva e individual de interesses.

Algo a ser celebrado é a possibilidade de se verificar na atuação recente do Poder Judiciário uma ampliação do papel que esse tradicionalmente exercia frente à implementação dos Direitos Sociais, sendo que isso já é fruto de uma mudança de consciência da sociedade e de paradigmas doutrinários em decorrência do caráter garantidor da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>15</sup> OPAS. **Saúde nas Américas 2007**. Disponível em <[www.opas.org](http://www.opas.org)>. Acesso realizado em 14 de jan. 2012.

<sup>16</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. Cit., p. 150-153.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 288.

Não obstante, um enorme caminho ainda necessita ser percorrido, muitos conceitos doutrinários referentes à matéria precisam ser debatidos e pacificados e é necessária uma evolução madura da jurisprudência nacional de modo a alcançar uma real tutela dos Direitos Sociais previstos abstratamente na Carta Magna.

### **3. MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* RESERVA DO POSSÍVEL**

Assume relevância tratar de certos conceitos relevantes na solução de conflitos entre indivíduos ou grupos de indivíduos e o Estado no que concerne à violação de Direitos Fundamentais, mais especificamente o Direito à Saúde. Inicia-se com o conceito de mínimo existencial que nada mais é do que certos requisitos mínimos que são indispensáveis para garantir ao indivíduo uma existência digna.

Importante frisar que o mínimo existencial abrange aspectos mais amplos do que a simples manutenção das necessidades vitais de uma pessoa, afinal para uma vida digna é imprescindível que além de se alimentar o ser humano tenha acesso a uma saúde básica, a uma educação fundamental, à assistência social, à habitação e à justiça. Em outras palavras, para a tutela da dignidade humana exigem-se prestações positivas e negativas do Estado, de modo a garantir todo o rol de Direitos Fundamentais, inclusos nesses os Direitos Sociais e os de Liberdade.

Desse modo, o mínimo existencial corresponde àquela parcela de condições básicas sem as quais a vida torna-se desumana. Todavia, cumpre ressaltar que o conceito de mínimo existencial não é fechado, ou seja, vai ser relativo ao contexto social na qual sua análise estiver inserida. Com isso posto e definido para uma dada sociedade o que consiste o mínimo para uma existência digna, qualquer cidadão que vier a ser despido de seus Direitos essenciais e rebaixado em sua condição humana tem a prerrogativa de acionar o Poder Judiciário, de forma a ter o comando constitucional garantido.

Nesse sentido, a judicialização do Direito à Saúde fundamenta-se no mínimo existencial, cuja determinação deverá ser realizada pelo Judiciário em cada situação concreta, sempre orientado de modo teleológico à garantia da dignidade da pessoa humana.

Não obstante a aplicabilidade direta dos Direitos Sociais, e aqui se adentra no segundo tema a ser tratado nesse item, é necessário ponderar sobre a disponibilidade financeira dos entes federados para os implementarem. Em outras palavras, o mínimo existencial encontra limite no denominado princípio da reserva do possível, o qual consiste nos obstáculos econômicos que comprometem o atendimento das prestações sociais por parte do Estado.

O princípio da reserva do possível foi utilizado pela primeira vez na Alemanha, quando a Corte Constitucional para fundamentar sua decisão contrária à satisfação de um Direito Social alegou a existência de limitações de condições materiais na execução de tais Direitos<sup>18</sup>, respeitando a razoabilidade. Segundo Ramon Fagundes Botelho:

O postulado da reserva do possível representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos<sup>19</sup>.

Os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, influenciados por essa construção jurisprudencial alemã, passaram a adotar entendimento de que a existência de recursos do Estado é uma condição para a efetivação dos Direitos Sociais. Ocorre que esse pensamento possui o risco de prejudicar a implementação de Direitos Fundamentais, cuja aplicação direta é expressamente disposta na Constituição (Art. 5º, §1º).

Em consonância com o exposto, Ramon Fagundes Botelho reflete que:

(...) é preciso cautela na adaptação dessa teoria à realidade brasileira, que é muito distinta da dos países europeus em geral. No Brasil, o problema se põe justamente na questão da definição do que seja “possível” e da legitimidade para implementar as necessárias políticas públicas. Por isso, o simples

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 304. Sarlet leciona ainda que tal decisão ocorreu no julgamento do caso BverfGE n° 33, S.n° 333, no qual uma estudante buscava obter uma permissão para cursar ensino superior público embasando seu pedido no previsto na lei federal alemã que tutelava a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, uma vez que não havia número bastante de vagas para todos.

<sup>19</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do Direito à Saúde**. Curitiba: Juruá. p. 113.

condicionamento da realização dos Direitos Sociais à “existência de caixas cheios do Estado significa reduzir sua eficácia à **zero**”.<sup>20</sup>

Assim, a razoabilidade deve estar sempre presente como um critério na solução do caso concreto pelo julgador, de forma a distinguir os casos de má alocação de recursos estatais das situações de ausência de orçamento para a promoção dos Direitos Fundamentais consagrados na Constituição.

O STF e o STJ ao tratarem de temas relacionados aos Direitos Fundamentais, seja de natureza individual, coletiva ou social, principalmente no que tange ao Direito à Saúde, têm se mostrado tendente a aplicação do mínimo existencial, em detrimento à teoria da reserva do possível. Nesse sentido, pode-se observar a decisão proferida pelo STF, em que o Ministro Relator Celso de Mello decidiu que:

(...)A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana(...). (ARE 639337 Agr/SP – Publicado no DJe de 15 de setembro de 2011).

Da mesma forma, o STJ proferiu julgamento nesses termos:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de Direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Resp 811608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Publicado em 04 de junho de 2007).

Salienta-se ainda a necessidade de se modificar a perspectiva cultural sobre a prestação da saúde pública, uma vez que essa é tradicionalmente vista como uma concessão do Estado e não como um Direito Fundamental do cidadão, cuja promoção deve ser realizada por todos os entes federativos e poderes do Estado. Ao Poder Judiciário está delegada a função de corrigir as imperfeições do sistema de saúde quando for devidamente acionado.

Germano Schwartz afirma que:

---

<sup>20</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. Op. cit. p. 114.

Essa visão fica introjetada no subconsciente da camada populacional dependente do SUS e gera uma prostração tão grande diante dos fatos, que se torna aceitável no imaginário dessas pessoas, que, assistir alguém definhando em um corredor de hospital público sem receber atendimento adequado, seja algo do cotidiano, e não uma excepcionalidade, o que retira qualquer vestígio de cidadania em nossa pátria (...)<sup>21</sup>.

Em relação ao sujeito estatal que tem obrigação de implementar Direitos Fundamentais, o TJMG possui entendimento de que a prestação da saúde pela Administração Pública deve ser promovida por todas suas esferas (município, estado ou União), ou seja, tal obrigação, nos termos do art. 196 da CF, é solidária entre os entes federados, podendo o indivíduo demandar contra um desses entes isoladamente ou formando litisconsórcio passivo entre eles<sup>22</sup>.

Por fim, cumpre destacar que o rol de Direitos Fundamentais, individuais ou sociais, previstos na Constituição Federal de 1988 não pode ser diminuído, pois há uma vedação ao retrocesso desses Direitos. Ramon Fagundes Botelho pondera que

(...) o princípio em estudo [proibição de retrocesso] tem o condão apenas de impedir que o legislador ou administrador reduza o grau de proteção dos direitos sociais a zero, de forma a anular a prestação social já criada e colocada à disposição do cidadão, sem criar mecanismos de substituição ou alternativas viváveis para garantir o 'mínimo para a existência condigna' do cidadão, ferindo por consequência o princípio da dignidade humana.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op Cit.. p. 155.

<sup>22</sup> “Por serem a União, os Estados e os Municípios, responsáveis solidários pela realização dos procedimentos médicos indispensáveis à saúde dos cidadãos, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário dos gestores federal, estadual e municipal, e por consequência, incompetência do Juízo, já que cada um deles poderá ser demandado isoladamente.(...)”. TJMG, Apelação 1.0145.06.308031-4/001(1). Publicado em 28 de fevereiro de 2008.

<sup>23</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. Op cit. p. 139.

Nesse mesmo sentido encontra-se o STF, ao decidir que “O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de Direitos Fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses Direitos Fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial

Isso posto, os Direitos Fundamentais Sociais, dentre eles a Saúde, possui guarida constitucional, não podendo o legislador ou Administrador Público reduzir sua aplicabilidade ou retirar tais Direitos da ordem constitucional.

#### 4. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 delimita as competências dos três Poderes da República de forma cristalina. Desse modo, cabe ao Poder Judiciário aplicar o Direito Brasileiro, inclusive determinando à Administração Pública que cumpra o texto constitucional. No entanto, tal atuação do Judiciário deve ser realizada de forma cautelosa, de forma a não invadir as competências dos outros dois poderes.

Luís Roberto Barroso, sobre a atividade do Poder Judiciário, pondera que:

As garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos Direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar a jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o Direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do Direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei<sup>24</sup>.

Especificamente quanto aos Direitos Fundamentais, Barroso entende ainda que:

Do ponto de vista da proteção *inconcreto* dos Direitos Fundamentais, as garantias jurídicas são as que se encontram mais próximas do cidadão, considerado individualmente, e podem ser suscitadas por mero ato de vontade do interessado. Situando-se elas, ao menos idealmente, fora do jogo político e dos juízos de mera conveniência e oportunidade, conferem maior segurança ao jurisdicionado, por sua maior objetividade e previsibilidade<sup>25</sup>.

---

- os direitos sociais já concretizados”. ARE 639337 Agr/SP – Publicado no DJe de 15 de setembro de 2011.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 121.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 122.



A teoria do Ativismo Judicial, que defende que o Poder Judiciário deve atuar de forma a suprir a atuação do Executivo na implementação dos Direitos Fundamentais, deve ser seguida com cautela pelos magistrados brasileiros, devendo-se ater somente às hipóteses de transgressão e omissão em relação a Direitos Fundamentais de caráter essencial, como é o caso do Direito à Saúde. Em outras hipóteses, o Judiciário deve respeitar as opções políticas do Estado quanto à dotação orçamentária.

Ramon Fagundes Botelho, sobre o uso do orçamento e o custo do Direito, entende que:

Importante destacar que não se pretende que a atuação do magistrado afaste ou negue princípios jurídicos e fundamentos valorativos, não baseados na racionalidade econômica. Pretende-se apenas que sua conscientização econômico-social aumente as suas possibilidades de escolha e decisão no caso concreto, sempre de forma fundamentada, afastando assim a pura submissão à lei e às regras que impõem uma aplicação *a priori*<sup>26</sup>.

Nesse ponto, é bastante delicada a atuação dos Tribunais, que devem pautar-se pela razoabilidade em suas decisões, de forma a garantir a observância do Estado aos Direitos Fundamentais, sem invadir as competências constitucionalmente destinadas aos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo.

O critério da razoabilidade assume especial relevância quando o assunto é a implementação do Direito à Saúde. Assim, o Juiz deve adentrar nas competências dos demais Poderes somente nos casos em que Direitos Fundamentais essenciais não são respeitados, analisando criteriosamente a essencialidade em cada litígio, ponderando inclusive sobre alternativas menos custosas, e igualmente eficientes, para que o Estado promova tais Direitos.

Por outro lado, o Juiz deve analisar se a ordem de implementação de um Direito Fundamental a um indivíduo não acarretará prejuízos ao Direito de um grupo maior inserido na sociedade. Tal situação cria um dilema, pois pode gerar um conflito entre o Direito de um indivíduo e um Direito coletivo.

A título de exemplo é possível imaginar-se uma situação em que um pequeno Município é condenado a pagar a um indivíduo um tratamento médico com alto custo financeiro, e para cumprir tal ordem judicial dito Município deixará de atender Direitos,

---

<sup>26</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. Op cit. p. 120.

também fundamentais, de um grupo. Nessa hipótese, tem-se claramente um embate entre interesses igualmente fundamentais, e que deverá ser resolvido pelo Juiz, em cada litígio, através da razoabilidade e ponderação de interesses envolvidos.

Tais casos são, conforme exposto acima, de difícil resolução jurídica e moral, não estando ainda pacificado na doutrina e jurisprudência, justamente pela impossibilidade em se criar uma regra objetiva e lógica para reger todas as situações. Por isso todas as reflexões a cerca do tema são bem-vindas, pois servem para melhor aprimorá-lo.

## **CONCLUSÃO**

Após uma interpretação sistemática de diversos dispositivos constitucionais é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 tem caráter eminentemente garantidor e, portanto, reconhece a aplicabilidade imediata e a eficácia dos Direitos Fundamentais, dentre eles o Direito à Saúde, de modo que as disposições sobre os mesmos não possuem natureza meramente programática.

Além disso, o núcleo base de todos os Direitos Fundamentais é a dignidade da pessoa humana, assim as interpretações realizadas desses Direitos devem partir do pressuposto de que os mesmos são instrumentos essenciais para a garantia plena da dignidade humana. Uma vez que o Direito à Saúde está intimamente relacionado a uma existência digna e sua ausência corresponde a uma condição desumana, o mesmo deve ser implementado pelo Estado, o qual tem o dever de colocar à disposição de todos os mecanismos e as estruturas necessárias para a efetivação desse Direito.

Assim, o reconhecimento dos Direitos Sociais passou a exigir do Estado, além de uma postura de abstenção de agir no confronto do indivíduo, uma conduta positiva de promoção dos instrumentos necessários de fruição de tais Direitos. Ressalta-se que essa tarefa é mais complexa.

Deve-se ter em mente que o reconhecimento dos Direitos Sociais é extremamente recente em relação à história da humanidade, tendo pouco mais de cinquenta anos e, portanto,

o Estado Constitucional Social precisa evoluir muito até que corrija suas imperfeições mais elementares.

Especificamente o Estado Brasileiro trata da temática de modo mais pormenorizado apenas com a Constituição Federal de 1988, o que perfazem um pouco mais de duas décadas. Ademais, a história brasileira é marcada pela instabilidade política, por duas ditaduras, uma civil e outra militar, por um tradicional descaso pelo Direito Constitucional, intensificado pelas várias sobreposições de constituições, que não permitiram a construção de uma cultura de respeito ao Diploma Maior do Estado.

Todos esses fatores somados fazem com que exista um obstáculo para o verdadeiro reconhecimento da eficácia e aplicabilidade imediata da norma constitucional e, logo, cria dificuldades para a efetivação dos Direitos Fundamentais, ou seja, para aplicação concreta dos ditames abstratos formalizados constitucionalmente. Dura tarefa enfrentou a doutrina jurídica nesses últimos vinte anos para consolidar o entendimento a favor da completa força normativa do Direito Constitucional.

Na atualidade, observa-se uma ampliação da atividade do Poder Judiciário no que concerne à proteção dos Direitos Sociais. Nesse diapasão conceitos como mínimo existencial e reserva do possível assumem relevância. A judicialização de Direitos, como o à Saúde, é uma importante evolução no sentido de efetivar tais Direitos Fundamentais, pois o judiciário, se bem orientado, tem o condão de corrigir certas falhas no sistema.

Os órgãos judiciários quando forem julgar uma causa que verse sobre Direitos Sociais, principalmente sobre o Direito à Saúde deve sempre ter atenção ao mínimo existencial, não proferindo sentenças na qual o indivíduo ou grupo de indivíduos sejam rebaixados em suas condições humanas. Não obstante, tendo em vista que todo Direito Social pressupõe recursos financeiros para a sua fomentação, o magistrado deve também ponderar se a concessão de determinado Direito não invade a reserva do possível.

Sublinha-se que é relevante entender o princípio da reserva do possível como sendo aquela esfera na qual é exigível e possível a atuação do Estado, sendo inadmissível utilizar esse princípio como instrumento de incentivo à inércia e à incompetência do Estado, o que só provocaria a não aplicação e efetivação do Direito à Saúde.

São de competência do Poder Judiciário as soluções de controvérsias que versem sobre Direitos subjetivos. Todavia, o ativismo judicial deve ser visto com cautela, resumindo-se somente às hipóteses de transgressão e omissão pelo Legislativo e Executivo de Direitos Fundamentais de caráter essencial, como é o caso do Direito à Saúde.

Por fim, o critério da razoabilidade deve permear as decisões de todos os juízes quando estiver em jogo o Direito básico à Saúde, tendo em vista que o mínimo existencial, a reserva do possível, e os meios para alcançar a satisfação do Direito violado devem ser ponderados em cada caso concreto, de modo a proporcionar a máxima eficiência na prestação em face do sujeito que a requer e o mínimo prejuízo econômico ao Estado.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2ed. São Paulo: Landy, 2005

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso realizado em 14 de jan. de 2012.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a eficácia de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do Direito à Saúde**. Curitiba: Juruá.

GOMES, D. G. P.. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas. *Revista de Direito Constitucional*, ano 11, n.45, out./dez. 2003.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 3 ed. São Paulo: RT, 2009.

OPAS. **Saúde nas Américas 2007**. Disponível em <[www.opas.org](http://www.opas.org)>. Acesso realizado em 14 de jan. 2012.

PORTAL R7. **Brasil gasta com saúde pública metade do que investem países como Alemanha e Canadá**. Disponível em <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/gasto-com-saude-publica-no-brasil-e-metade-do-usado-nos-paises-que-tem-esses-servicos-de-graca-20110921.html>>. Acesso em 15 de jan. de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.