

## EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PERANTE A OPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

*Théo Rocha Toscano de Lima<sup>1</sup>*

### RESUMO

Houve uma grande evolução histórica para a conceituação do direito à saúde, sendo que a sua consagração como direito fundamental somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A positivação do direito à saúde com tal qualificação implicou a sua aplicabilidade imediata, vinculando o Poder Público à sua promoção e proteção. Como a efetivação de direitos fundamentais gera um custo para o Estado, especialmente a concretização daqueles que exigem uma atuação positiva deste, a ausência de recursos financeiros se tornou um argumento comum dos entes federativos na tentativa de se eximirem do dever constitucional de proteção desses direitos, limitando-os a reserva do possível. A finalidade primordial dessa pesquisa foi a de demonstrar se seria possível restringir a efetividade do direito à saúde com a alegação de escassez financeira da pessoa estatal. Para atingir tal fim, foi utilizada como metodologia a interpretação da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional sobre o tema. Como conclusão de pesquisa, observou-se que a reserva do possível possui diversas ressalvas para ser considerada como legítima para afastar a responsabilidade estatal por descumprir os mandamentos constitucionais de concretizar direitos fundamentais, não podendo ser alegada, dentre outras possibilidades, quando o Poder Público não viabilizou nem ao menos o núcleo essencial do direito à saúde, consistente no patamar mínimo para a vida digna.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Escassez de Recursos. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

### ABSTRACT

There was a historical evolution to the concept of the right to health, and his consecration as a fundamental right only occurred with the enactment of the Federal Constitution from 1988. He assertiveness of the right to health with such a qualification implies it is immediate applicability, linking to the government for their promotion and protection. As the realization of fundamental rights generates a cost to the state, particularly the achievement of those who require a positive role of the state, the lack of financial resources has become a common argument of federal entities in an attempt to evade the constitutional duty of protecting these rights, limiting them to possible reserve. The primary purpose of this research was to demonstrate whether it

<sup>1</sup> Graduando em Direito, cursando o 8º semestre, pela Universidade Paulista *campus* Brasília/DF – UNIP/DF.

can restrict the effectiveness of the right to health with the claim of financial shortage of a state person. To achieve this aim, was used as methodology the interpretation of legislation, doctrine and national jurisprudence on the subject. In conclusion research it was observed that the booking can have several caveats to be considered as legitimate to ward off the state liability for breaches constitutional commandments to achieve fundamental rights, can't being alleged, among other possibilities, when the Government did not feasible or at least the core of the right to health, consistent in the minimum baseline a dignified life.

**Keywords:** Right to Health. Financial Shortage. Possible Reserve. Existential Minimum.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na consagração dos direitos sociais (entendidos como aqueles que exigem uma posição ativa do Estado para sua efetivação), pois concedeu a eles toda a proteção jurídica típica dos direitos fundamentais, com a sua conseqüente positivação no artigo 6º, incluindo o direito à saúde.

Com o intuito de tornar eficiente a prestação do direito à saúde, a Constituição Federal estabeleceu diretrizes para a realização de políticas públicas, programas, ações e deveres do Estado na prestação dos serviços públicos atinentes a sua promoção. Entretanto, os recursos financeiros do Poder Público são limitados, devido ao tamanho da demanda exigida do Estado pela população, o que pode comprometer o fornecimento e a qualidade do serviço público de saúde.

Assim, diante dessa realidade, é possível questionar se é razoável que a efetividade do direito constitucional à saúde seja mitigada pela disponibilidade de recursos financeiros do Estado, aplicando-se a teoria da reserva do possível? Em contrapartida é preciso encontrar parâmetros para a alegada escassez de recursos financeiros, uma vez que o Estado não pode se utilizar desse argumento de forma arbitrária para todo e qualquer caso para se eximir de seu dever constitucional de prestação eficiente dos serviços de saúde pública.

Para compreender os fatores envolvendo a problemática do estudo, procuramos analisar, preliminarmente, a historicidade do direito à saúde, juntamente com a dos direitos sociais, e as repercussões jurídicas de seu enquadramento como direito social fundamental. Em seguida, analisamos a “Teoria da reserva do possível” – comumente utilizada para justificar a falta ou a má qualidade da prestação dos serviços públicos de saúde –, sua origem, seus aspectos e sua relação com o “mínimo existencial”, bem como os parâmetros utilizados para sua aplicação no caso concreto.

A fim de alcançar os objetivos pretendidos nesta pesquisa, buscamos a interpretação da legislação e da doutrina acerca das particularidades dos temas, bem como da jurisprudência nacional sobre a aplicação da teoria mencionada em situações fáticas em que o cidadão necessita buscar a concretização do seu direito subjetivo à saúde perante o Poder Judiciário.

## 1. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como marco inicial do surgimento dos direitos sociais<sup>2</sup>, a doutrina aponta, no plano internacional, a Constituição Política dos Estados Unidos do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, mais conhecida como Constituição de Weimar. Tratava-se da consolidação de um período de adoção pelos países de um modelo Estatal conhecido como Estado Social<sup>3</sup>.

Além de garantirem as liberdades civis e políticas, tais instrumentos de organização estatal tratavam também de direitos sociais básicos para a vida humana, conferindo maior enfoque aos direitos trabalhistas.

Observou-se, a partir daí, um processo de constitucionalização dos direitos sociais, ganhando maior relevância no período após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas, com suas agências especializadas, e a iniciação de uma cooperação internacional pela preservação da Dignidade da Pessoa Humana<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> “Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 286-287.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 63-83.

<sup>4</sup> “...temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Seguindo a previsão da Organização Mundial da Saúde<sup>5</sup> sobre o conceito de saúde como bem-estar físico, mental e social<sup>6</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento internacional de proteção aos direitos humanos elaborado em 1948, estabeleceu em seu texto como universal o direito à saúde e o bem-estar social<sup>7</sup>.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, no seu artigo 12 reconhece o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental, sendo imposto aos Estados-partes diversas medidas para assegurar a promoção desse direito, como aquelas relativas a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, a prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais, a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade e etc<sup>8</sup>.

Importante destacar que a Constituição Brasileira promulgada em 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar e do modelo de estado providência, inserindo em seu texto normas de proteção aos direitos sociais e inculcando os primeiros deveres do Estado em matéria social<sup>9</sup>. No seu artigo

---

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

<sup>5</sup> Trata-se de uma agência especializada fundada em 07 de abril de 1948 subordinada ONU. Em sua Constituição, o Capítulo I, artigo 1, informa que “O objetivo da Organização Mundial da Saúde (daqui em diante denominada Organização) será a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”.

<sup>6</sup> Na Constituição da Organização Mundial da Saúde também está previsto o conceito de saúde, entendido como “um estado de saúde de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

<sup>7</sup> “Artigo XXV, 1. Toda a pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle”.

<sup>8</sup> Artigo 12 – 1. Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluindo as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente de trabalho; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidades.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 555.

138<sup>10</sup> já continha norma dispondo sobre medidas que o Poder Público deveria tomar para a preservação da saúde pública.

As demais constituições brasileiras andaram, ainda que de forma tímida e restritiva, na mesma direção de positivação e institucionalização da proteção e promoção dos direitos sociais, não sendo retirados do texto constitucional nem mesmo na Constituição de 1967, promulgada em pleno regime militar<sup>11</sup>.

Atente-se, porém, que somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – entendida como a Constituição Cidadã –, representativa do marco transitório para o regime democrático, os direitos sociais, dentre eles o da saúde, foram elevados ao patamar de direitos fundamentais. Em que pese existir nas constituições anteriores a positivação de direitos sociais, apenas na Carta de 1988 que esses foram consagrados como direitos fundamentais<sup>12</sup>.

### 1.1. CONCEITUAÇÃO DE SAÚDE

Tecendo comentários sobre as inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988, especialmente no tocante aos direitos fundamentais sociais, Flávia Piovesan leciona que:

A Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964 e reflete o consenso democrático “pós-ditadura”. Após pouco mais de duas décadas de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação

<sup>10</sup> “Art. 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) f) adotar as medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. p. 556.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 96.

do sistema constitucional. [...] Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.<sup>13</sup>

Neste contexto, o direito à saúde apareceu incluso no rol de direitos sociais previstos no artigo 6º, *caput*, junto com os direitos à educação, à moradia, ao lazer, à assistência aos desamparados, à proteção a maternidade, e à infância, à alimentação, à segurança e ao trabalho.

Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 dedicou uma seção própria dentro da Ordem Social para o tratamento das diretrizes, objetivos e ações que devem ser observados pelos atores políticos nas prestações de serviços relativos à saúde (art. 196 a 200).

Mas, para a concretização de tal direito, resta a dúvida sobre qual seria a amplitude desse bem jurídico constitucionalmente assegurado. Qual seria, então, a extensão do termo “saúde”, como bem protegido pela Constituição Federal?

Pela evolução histórica da positivação dos direitos sociais e do direito à saúde, brevemente narrada, e pela análise conjunta dos artigos 196 a 200 da CF/88, podemos chegar à conclusão de que teríamos, a princípio, adotado o conceito amplo de saúde elaborado pela Organização Mundial da Saúde - OMS como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistente apenas na ausência de doença ou de enfermidade<sup>14</sup>.

Superou-se o entendimento enraizado durante o período da Revolução Industrial de que a saúde seria apenas a ausência de doenças e/ou mazelas

---

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alli* (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 53-55.

<sup>14</sup> Considerando como correta a definição da Organização Mundial da Saúde e ressaltando a característica de estabelecimento de diretrizes para a construção dos Estados: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

diversas<sup>15</sup>. Assim, o conceito elaborado pela OMS inovou ao identificar a saúde com bem-estar complexo, pois o tratou como um bem que só pode ser compreendido quando se visualiza todos os fatores que influenciam na sua boa condição para o indivíduo, inclusive os sociais<sup>16</sup>, como o meio ambiente e a cultura do local.

No Brasil, a Constituição Federal apenas estabeleceu a organização do sistema, as diretrizes e os objetos de observação obrigatória por todos aqueles que prestam o serviço de saúde, deixando a cargo da legislação infraconstitucional a definição do direito à saúde.

Destarte, a Lei 8.080/90<sup>17</sup> parece ter adotado o conceito amplo de saúde da OMS ao prever em seu artigo 3º<sup>18</sup> que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, a renda, a educação, o acesso aos bens e serviços essenciais, etc.

Se não bastasse, o parágrafo único do referido artigo repetiu a primeira parte do conceito elaborado pela OMS ao afirmar que “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

Independente da amplitude do conceito adotado, não há dúvidas que a ideia de saúde está intrinsecamente ligada a ideia de qualidade de vida. Significa dizer, em outras palavras, que garantir o direito à saúde significa necessariamente proteger o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88) e assegurar

---

<sup>15</sup> GLOBEKNER, Osmir Antonio. A construção social do conceito de saúde e de direito à saúde. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.10, n.34, p. 87, jan. 2011.

<sup>16</sup> Para maiores aprofundamentos sobre a construção social do conceito de saúde: GLOBEKNER, Osmir Antonio. A construção social do conceito de saúde e de direito à saúde. p. 83-122.

<sup>17</sup> Lei que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e outras providências.

<sup>18</sup> Artigo 3º - Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), o que por si só já denota a sua relevância<sup>19</sup>.

Nesse sentido seguiu a definição adotada por Rogério José Bento Soares do Nascimento, afirmando que a saúde pode ser considerada tanto como bem coletivo quanto como direito fundamental social “de acesso às ações e serviços que visam à promoção, proteção e recuperação da vida”. Complementa ainda que tal constatação “significa um compromisso com a plenitude do direito a uma vida digna”<sup>20</sup>.

## 1.2. REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL APLICADO AO DIREITO À SAÚDE

O artigo 196 informa que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Pela interpretação desse pequeno trecho do artigo já é possível perceber que o direito à saúde é um direito público subjetivo<sup>21</sup> do indivíduo perante o Estado, ou seja, trata-se de um direito de todos de exigir do Estado que, por meio de políticas públicas de cunho social e econômico, garanta a efetividade de seu direito a saúde<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – [...]. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 27186 AgR / RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 12/09/2000. Publicação 24/11/2000.

<sup>20</sup> NASCIMENTO, Rogério J. B. S. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. p. 906.

<sup>21</sup> “Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 393175 AgR / RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 12/12/2006. Publicação 02/02/2007.

<sup>22</sup> TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Direitos Fundamentais e Orçamento: uma vinculação necessária. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v. 12. n. 30. p. 1380.

O alcance desse direito pode ser visto pelos mandamentos previstos no art. 198, que afirma que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único de saúde, criado na forma de uma rede regionalizada e hierarquizada<sup>23</sup>, sendo informado no inciso II que tal sistema observará na sua organização o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Levando em consideração que as normas jurídicas sobre direitos fundamentais devem ser compreendidas no seu sentido mais amplo, por força do princípio interpretativo da máxima efetividade<sup>24</sup>, podemos inferir que a abrangência desse dispositivo inclui, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, tratamento médico básico, hospitalar, cirúrgico, odontológico, oftalmológico, psicológico, entre outros serviços de saúde<sup>25</sup>.

Entretanto, deve ser ressalvado que a interpretação do artigo 198 deve ser realizada juntamente com a do artigo 197, no sentido de que as ações e serviços públicos de saúde devem ser entendidos somente como aqueles que possuem relevância pública, para que os gastos mínimos com saúde não incluam aquelas políticas que não possuam relação com essa área<sup>26</sup>, ainda mais quando se verifica o caráter universal desse direito.

O direito a saúde, como direito humano fundamental, se submete aos princípios e características que também regem os direitos humanos. Dentre eles, como mencionado acima, o da universalidade (expressamente previsto

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 487.

<sup>24</sup> Conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso: “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 329.

<sup>25</sup> FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso a Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. p. 864. Na mesma esteira, seguiu os comentários de Ciarlini sobre o alcance da expressão “atendimento integral” contida no art. 198, inciso II, da Constituição Federal de 1988 em CIARLINI, Alvaro Luis A. S. *Direito à saúde – Paradigmas Procedimentais e Substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 234.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 489.

no art. 196, ao mencionar o direito à saúde como um “direito de todos”), que reconhece a titularidade do exercício desse direito a toda e qualquer pessoa, sem distinção de qualquer natureza (como classe social, opção política, filosófica ou religiosa, nacionalidade, orientação sexual, entre outras)<sup>27</sup>.

A positivação no texto constitucional dos direitos sociais, com sua inclusão no Título destinado ao tratamento dos Direitos e Garantias Fundamentais, reconhece não apenas a concepção formal de sua característica como direito fundamental, mas traz consigo, também, a presunção do conteúdo axiológico de “fundamentalidade” desses direitos para estrutura do Estado e da sociedade<sup>28</sup>.

Além disso, a positivação do direito à saúde como direito fundamental pela Carta Maior atribuiu a ele o regime jurídico típico das normas constitucionais fundamentais<sup>29</sup>. Como nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 485.

<sup>28</sup> Defendendo a presunção de fundamentalidade material dos direitos sociais formalmente constituídos como fundamentais, segue as lições de Sarlet: “Mesmo para os direitos do Título II (que, reitere-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido forma e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que – independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico – já de partida receberam no momento do pacto constitucional fundante a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, alás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial), decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem, por estar diretamente, vinculados, assegurar a esses direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: out. 2015.

<sup>29</sup> Destaca-se, por oportuno, que não se pretende esgotar nesse artigo todos os aspectos decorrentes da caracterização de um direito como fundamental. Para maiores aprofundamentos sobre o regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, recomenda-se a leitura de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 415-433, 437-461.

forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF).<sup>30</sup>

Dizer que os direitos fundamentais estão no ápice de todo o ordenamento jurídico, significa dizer que as ações estatais, através de seus poderes, deverão estar em conformidade e prestar obediência aos mandamentos constitucionais. Impõe-se um limite na atuação dos poderes constituídos, não se admitindo, nesse sentido, qualquer tentativa estatal de revogação ou limitação acima do razoável de direitos fundamentais por legislação infraconstitucional<sup>31</sup>.

Ademais, nossa Constituição impõe um modelo mais rigoroso para a realização de emendas constitucionais, como se pode inferir das formalidades e limitações do art. 60. Nota-se, assim, que nem mesmo o poder constituinte reformador estaria autorizado a proceder reformas tendentes a abolir direitos fundamentais (art. 60, §4º, inc. IV), por tratarem de elementos essenciais da ordem constitucional<sup>32</sup>.

Também de grande importância é o último item mencionado, ainda mais considerando as pretensões de estudo neste presente artigo. Torna-se imperioso destacar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, §1º).

Sob esse prisma, o dispositivo em comento leva a interpretação no sentido de que aquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão ao seu direito à saúde, poderá de imediato propor as ações cabíveis para a sua defesa,

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-75.

<sup>31</sup> Nesse ponto cabe esclarecer que essa característica refere-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, nas palavras de Paulo Gounert Branco: “A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 197.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 405-421.

independente de atuação legislativa prévia. A eventual ausência de legislação infraconstitucional não pode “obstaculizar de forma absoluta à aplicação e a extração de efeitos úteis da norma de direito fundamental”<sup>33</sup>.

Assim, já é possível perceber que a norma que dispõe sobre aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais impõe uma vinculação direta no exercício das atividades dos entes estatais. Em outras palavras, resulta que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independente da esfera da federação na qual atuem, possuem o dever constitucional de proteger e promover os direitos fundamentais<sup>34</sup>.

Ressalta-se, porém, que a aplicação imediata dos direitos fundamentais deve ser vista em cada caso concreto, não se podendo perder de vista a forma de positivação, o objeto e a função que cada direito possui na ordem jurídico-constitucional, pois inevitavelmente determinados direitos possuirão aplicabilidade imediata, sem que com isso tenham necessariamente eficácia plena<sup>35</sup>.

A interpretação do artigo 196 da Constituição Federal no sentido de conferir-lhe eficácia meramente programática, foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação em que se pleiteava o fornecimento de medicamentos pelo Estado a pessoas carentes:

[...]A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 327.

<sup>34</sup> “Em outros termos, a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais. Tal como enunciado, os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou o Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 116.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 270-273.

de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF[...]<sup>36</sup>.

Portanto, levando em consideração todo o exposto, percebe-se que o constituinte originário consagrou a saúde como um direito universal ao qual deve ser dada especial atenção pelos Entes Estatais diante de sua fundamentalidade para o bem-estar da coletividade, justificando, assim, a sua inserção no rol de direitos sociais fundamentais.

## **2. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Como visto, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais vincula diretamente a atuação estatal no campo social. Seguindo esse raciocínio, o poder público, na elaboração do seu orçamento e na gestão dos recursos públicos, possui a obrigação de destinar recursos suficientes para atender e resolver dignamente aos problemas de saúde da população. Todavia, por vezes a efetivação do direito acaba esbarrando na alegação do ente estatal de que não possui mais recursos financeiros para promover tal direito, causando o ingresso de inúmeras ações por aqueles que desejam ver efetivado um direito já garantido pela Constituição Federal de 1988.

### **2.1. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTÊNCIAL**

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 393175 AgR / RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 12/12/2006. Publicação 02/02/2007.

No bojo do texto constitucional é possível encontrar alguns dispositivos que determinam os percentuais mínimos a serem observados para o investimento em ações e serviços públicos de saúde<sup>37</sup>, o que enfatiza a vinculação dos Poderes da República no dever de proteção e promoção de direitos fundamentais sociais, determinando um maior compromisso dos gestores públicos no cuidado com a manutenção financeira da máquina estatal.

É dever do Estado organizar e distribuir os recursos públicos<sup>38</sup>, adquiridos pela arrecadação de tributos pagos pelo cidadão-contribuinte para implementação de políticas sociais, para que sejam atingidos os fundamentos e os objetivos da república (art. 1º e 3º), sempre tendo em vista os preceitos orçamentários constitucionais aplicáveis<sup>39</sup>.

Por efetivar direitos que se consubstanciam em normas programáticas, os Poderes Executivos e Legislativos possuem um certo grau de discricionariedade para julgar a conveniência e oportunidade para a implantação de políticas públicas<sup>40</sup>. Entretanto, há de considerar que a organização, a destinação e a aplicação do orçamento público não pode fugir das linhas traçadas pela Constituição Federal que, sem dúvidas, impôs a obrigação do Estado de incluir na pauta de seu orçamento-programa a concretização de direitos fundamentais<sup>41</sup>.

É dizer, em outras palavras, que a tributação, como fonte principal de arrecadação de recursos, não pode ser vista apenas como forma do Estado acumular dinheiro, sem ter um propósito específico<sup>42</sup>. Pelo modelo adotado pela Carta da República, o Estado possui o dever de constar na sua previsão

<sup>37</sup> A exemplo dos artigos 167, IV e 198, §2º e §3º, CF/88; e art. 77 da ADCT.

<sup>38</sup> TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Direitos Fundamentais e Orçamento: uma vinculação necessária. *Boletim de Direito Administrativo*. p. 1381.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 229.

<sup>42</sup> É justamente por esse motivo que o art. 34, inciso VII, da Constituição Federal, possibilita a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal caso estes não apliquem o mínimo exigido da receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde. Seguindo essa linha de raciocínio: TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Direitos Fundamentais e Orçamento: uma vinculação necessária. *Boletim de Direito Administrativo*. p. 1377.

orçamentária as ações políticas destinadas à promoção de direitos fundamentais<sup>43</sup>.

Neste contexto, observando principalmente o aspecto prestacional e a aplicabilidade imediata do direito à saúde, abordados no tópico anterior, o leitor pode ser conduzido, à primeira vista, a interpretação da existência de uma obrigação estatal ilimitada para todo e qualquer pleito que tivesse por fim a efetivação desse direito.

Todavia, não parece ser essa a interpretação adequada<sup>44</sup>, uma vez que a viabilidade da efetivação dos direitos dessa natureza vai depender de recursos financeiros por vezes limitados, obrigando o Poder Público ser seletivo no momento da decisão sobre a alocação de recursos a fim de garantir o acesso universal e igualitário aos sistemas de saúde. Nessa mesma linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes nos ensina:

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. p. 255-260.

<sup>44</sup> Cabe lembrar que a efetivação ilimitada de qualquer direito geraria um custo inimaginável para o Estado, que, se assim fosse, iria ser compartilhado a duras penas com o contribuinte. Nas palavras de Cesar Augusto Jacob: “Não é assim, todavia, que se deve proceder, pois os tribunais não são instâncias de proclamação abstrata de direitos, mas lugares onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da regra universal” JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. p. 254.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 465.

Foi nessa perspectiva que foi trazida para o Brasil a denominada teoria da reserva do possível como forma, a princípio, de restrição da concretização, especialmente, dos direitos sociais fundamentais, a partir do momento em que ficasse comprovada pelo Estado a insuficiência fática de recursos financeiros para implementação de políticas públicas para viabilizá-los<sup>46</sup>.

A teoria da reserva do possível surgiu, originariamente, na Alemanha, em julgamento realizado pela Corte Constitucional germânica na década de 1970 em que se pleiteava o direito de acesso a vagas ao ensino superior. No caso, o Tribunal passou a entender que as prestações sociais exigidas pelo cidadão deveriam ser analisadas sob o prisma da razoabilidade, ou seja, daquilo que seria possível (razoável) exigir do Estado<sup>47</sup>.

Para Sarlet a reserva do possível pode ser entendida tanto como uma limitação fática quanto como uma limitação jurídica. Sobre a primeira, o autor entende que seria a própria materialidade da escassez financeira, ou seja, a falta de recursos no plano fático. Enquanto na segunda, seria a “possibilidade jurídica de disposição” de recursos, que envolveria aspectos ligados a normatividade da distribuição de receitas, das competências orçamentárias e da capacidade jurídica de dispor dos recursos<sup>48</sup>.

Como pode ser visto, a essência da teoria da reserva do possível (tanto como limitação fática, como limitação jurídica) encontra-se indissociável das facetas econômicas, orçamentárias e financeiras do Estado. Tal ligação contribuiu para uma corriqueira falácia dos detentores de mandatos eletivos que, com o intuito de não cumprir os deveres constitucionalmente impostos, não seria possível concretizar os direitos fundamentais devido a falta de recursos financeiros disponíveis<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 191, out./dez. 2007.

<sup>47</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 233.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 188.

<sup>49</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. p. 234-235.

Há de ponderar que o orçamento estatal inevitavelmente sempre se encontrará próximo dos limites, considerando o tamanho da demanda da sociedade pelo provimento dos direitos que facilitem o exercício de suas liberdades individuais. É a partir dessa constatação que a reserva do possível não pode ser vista como uma barreira intransponível para eficácia social dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

Então, pergunta-se: até que ponto a escassez de recursos estaria apta a justificar a escolha do gestor público de não concretizar ou efetivar de forma insuficiente um direito fundamental?

Antes de tudo, é importante destacar que, tendo em vista a consagração da dignidade humana como valor orientador do ordenamento jurídico<sup>51</sup>, o Estado não pode valer-se da alegação da reserva do financeiramente possível para se eximir da obrigação de ao menos prover as prestações básicas para a efetivação do núcleo mínimo e essencial dos direitos fundamentais sociais<sup>52</sup>.

Eis que surge, pois, o desenvolvimento da teoria da garantia do mínimo existencial como uma das formas existentes de limitação dos efeitos restritivos que a reserva do possível pode implicar. O mínimo existencial, em suma, refere-se às prestações do Estado no sentido de garantir as condições materiais mínimas para uma existência digna<sup>53</sup>.

Por possuir um conteúdo variável, o mínimo existencial de cada direito só pode ser verificado no caso concreto. Isto é, o aplicador do direito que for definir no caso apresentado aquilo que pode ser considerado o mínimo para

---

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 189.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 79-80.

<sup>52</sup> “A tese da justiciabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, limitada ao “mínimo existencial”, pode parecer, à primeira vista, muito restritiva. Não o será, porém, se se adotar, na conformidade da posição acima explicitada, o entendimento prestigiado pela jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, de que em relação ao “mínimo existencial” não é invocável pelo Estado a cláusula da reserva do possível”. WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judiciáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. p. 219.

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 179.

uma vida digna, deverá levar em consideração diversos aspectos, como a cultura local, o contexto socioeconômico vivenciado, as condições materiais já existentes etc<sup>54</sup>.

De certo, não há consenso na doutrina sobre o conjunto de bens que seria o conteúdo do mínimo existencial, sendo possível apenas identificar alguns direitos que poderiam integrar o núcleo básico da vida digna (como o direito à saúde, à educação, à moradia etc)<sup>55</sup>.

Assim, temos que um dos limites para a oposição da reserva do possível é a observância da efetivação do mínimo existencial dos direitos sociais. Na alocação de recursos públicos disponíveis, o Administrador deve priorizar as ações para os setores públicos essenciais à efetividade dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que estão intimamente ligados a proteção da dignidade humana<sup>56</sup>.

Aos governantes cumpre a tarefa de maximizar o controle do orçamento e minimizar os efeitos da reserva do possível<sup>57</sup>, até porque inexistência é diferente de alocação indevida de recursos, pois para a segunda nunca houve escassez de recursos e sim uma administração desses recursos em prol de fins diversos daqueles traçados pela Constituição<sup>58</sup>.

## 2.2. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O DEBATE

---

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 185.

<sup>55</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judiciáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. p. 219.

<sup>56</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 290.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 191.

<sup>58</sup> “Logo, existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades”. BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. p. 241.

O Superior Tribunal de Justiça já possui um entendimento pacificado de que a discricionariedade da administração pública na implantação de políticas públicas é limitada, por se tratar de uma obrigação conferida pela Constituição Federal, cabendo ao Judiciário intervir no momento em que houver o descumprimento dos objetivos constitucionais<sup>59</sup>.

Assim, no julgamento do Resp. 1.041.197, em que se pleiteava o fornecimento de equipamentos a hospital universitário, o Ministro Relator Humberto Martins entendeu que a reserva do possível não poderá ser oposta ao princípio do mínimo existencial, uma vez que “qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito”<sup>60</sup>.

Em novo julgamento, em que se pedia a instalação de rede de tratamento de esgoto, o Ministro Relator Humberto Martins, para que a insuficiência de recursos orçamentários não seja utilizada como mera falácia, esclareceu que quando a escassez ocorreu por causa de uma má escolha do gestor público, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados, ainda mais quando não se teve assegurado nem mesmo o mínimo existencial, que deveria ser a prioridade primeira do Poder Público<sup>61</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da SL 47-AgR, seguindo os termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, decidiu, em suma, que é permitido ao Poder Judiciário intervir nas decisões do Poder Executivo quando este não cumpre as políticas públicas previamente estabelecidas,

<sup>59</sup> “A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta Ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp. 575998 / MG. Relator Min. Luiz Fux. Julgamento 07/10/2004. Publicação 16/11/2004.

<sup>60</sup> “Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao Estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp. 1041197 / MS. Relator Min. Humberto Martins. Julgamento 25/08/2009. Publicação 16/09/2009.

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp. 1366331 / MS. Relator Min. Humberto Martins. Julgamento 16/12/2014. Publicação 19/12/2014.

sobretudo as que são destinadas a consecução do mínimo existencial dos direitos fundamentais. Na oportunidade, o Ministro Relator enfatizou o entendimento de que os direitos fundamentais, por si só, geram custos para sua efetivação – motivo para a criação da teoria da reserva do possível –, causando inevitavelmente escolhas alocativas de recursos para o atendimento de alguns direitos em detrimento de outros<sup>62</sup>.

No julgamento do RE 581352 AgR/AM, em que se discutia a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, o Ministro Relator Celso de Mello votou no sentido de que não se pode dar provimento para a oposição da reserva do possível sempre que esta comprometer o núcleo básico do mínimo existencial. Tal princípio também não pode prevalecer, enfatiza o Ministro, quando servir de argumento para a tentativa de escapar das obrigações constitucionalmente previstas<sup>63</sup>.

Ademais, observa-se que a Corte Constitucional possui um posicionamento no sentido de que as limitações orçamentárias devem ser analisadas de forma objetiva, sendo inaplicável aos casos em que o Poder Público administrou a máquina estatal de forma estranha ao interesse público e à efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, foi o voto do Min. Celso de Mello no julgamento do ARE 745745 AgR/MG, mantendo o entendimento consagrado no julgamento da ADPF 45 MC/DF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir da

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SL 47 AgR / PE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 17/03/2010. Publicação 29/04/2010.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 581352 AgR / AM. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 17/03/2010. Publicação 29/04/2010.

indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direito constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>64</sup>.

Como se pode perceber, é firme o posicionamento do Judiciário em refutar possíveis alegações de insuficiência de recursos quando esta ocorreu por má gestão do administrador público, uma vez que é previsível que, para efetivação de um direito social fundamental, exista um custo financeiro, sendo necessária uma cautela especial do Poder Público no momento de destinação de recursos públicos.

## CONCLUSÃO

O direito à saúde ganhou novo patamar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deixando de ser uma norma constitucional com destinatários restritos para se tornar um direito fundamental de todos. Dentre as proteções jurídicas aplicadas a esse direito, está a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que enseja a vinculação direta de todos os Poderes da República para a sua promoção e proteção.

Nesse sentido, quando a Constituição Federal coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), não se pode aceitar uma interpretação restritiva (e já superada) do direito à saúde como um direito de não estar doente. É dizer, há uma exigência tanto de uma abstenção do Estado em adotar medidas que prejudiquem a saúde das

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ADPF 45 MC / DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 02/12/2014. Publicação 19/12/2014.

pessoas como de uma atuação positiva daquele na prevenção e no combate das doenças que porventura possam acometer os indivíduos.

Para isso, de fato, o Estado necessita de recursos humanos e materiais para garantir um serviço público de saúde suficiente para atender com qualidade a toda população. Há de salientar que o orçamento é o principal instrumento para a realização dos objetivos fundamentais da República, sendo justamente por isso que a ele deve ser dada uma atenção especial pelo administrador público ao realizar sua opção política de distribuição de recursos públicos.

Portanto, verifica-se que quando se está diante de um pleito para a efetivação do direito à saúde, a oposição da reserva do possível pelo Ente Federativo é vista com algumas ressalvas pela doutrina e jurisprudência. As limitações financeiras do Estado não poderão ser opostas quando ocorrerem principalmente duas situações específicas: (a) quando o gestor público não tomou o cuidado necessário na administração do seu orçamento, privilegiando interesses estranhos à efetivação dos direitos fundamentais; e (b) quando o administrador alegou a reserva do possível sem ao menos ter garantido o mínimo para a vida digna da população.

Justamente por esses motivos que os Tribunais Superiores possuem o entendimento de que a reserva do possível deverá ser aferida de forma objetiva, a fim de que não seja utilizada pela pessoa estatal como instrumento para escapar dos deveres constitucionais de proteção e de efetivação de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CIARLINI, Alvaro Luis A. S. *Direito à saúde – Paradigmas Procedimentais e Substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso a Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. A construção social do conceito de saúde e de direito à saúde. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v.10, n.34, p. 87, jan. 2011.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: out. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, out./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Direitos Fundamentais e Orçamento: uma vinculação necessária. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v. 12. n. 30.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judiciáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

