



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ WILLIAM CARLOS GURGEL**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PARÂMETROS UTILIZADOS ANTE O  
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**FORTALEZA**

**2018**

JOSÉ WILLIAM CARLOS GURGEL

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PARÂMETROS UTILIZADOS ANTE O PRINCÍPIO  
DA RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Fernanda Claudia Araújo da Silva

FORTALEZA  
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

G987j Gurgel, José William Carlos.  
A Judicialização da saúde : Parâmetros utilizados ante o princípio da reserva do possível  
/ José William Carlos Gurgel. – 2018.  
53 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,  
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.  
Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

1. Judicialização. 2. Saúde. 3. Reserva do possível. I. Título.

CDD 340

---

JOSÉ WILLIAM CARLOS GURGEL

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PARÂMETROS UTILIZADOS ANTE O PRINCÍPIO  
DA RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas. Da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Ms. Fernanda Claudia Araújo da Silva (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Willian Paiva Marques Júnior  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Victor Alves Magalhães  
Mestrando da Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus,

À memória de meus pais, Geralda Carlos Gurgel e José Ferreira Gurgel, que com muito sacrifício procuraram deixar a maior herança que um pai deixa para um filho “a educação”.

A minha esposa Vanda e meus filhos André e Fabiane, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos.

## RESUMO

O Poder Judiciário quando provocado através do fenômeno da Judicialização da saúde, deve se posicionar para efetivar o direito à saúde ante a omissão ou a ineficiência do sistema de saúde pública no Brasil. Sob tal perspectiva, o cerne deste estudo é o debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário para garantir a concretização do direito à saúde, e de forma específica, sobre a reserva do possível que fundamentam as decisões sobre a matéria. A justificativa é embasada diante da limitada previsão orçamentária, pois há uma crescente busca de sentenças judiciais capazes de efetivar o direito à saúde no Brasil. Dessa forma, a partir de uma pesquisa doutrinária e qualitativa, foi desenvolvido o presente trabalho para se identificar o demandismo judicial e traçar os fundamentos do instituto da reserva do possível.

**Palavras-chaves:** Judicialização. Saúde. Reserva do possível.

## **ABSTRACT**

The Judiciary when provoked through the phenomenon of health Judicialization, must position itself to effect the right to health before the omission or inefficiency of the public health system in Brazil. From this perspective, the core of this study is the debate about the legitimacy of the Judiciary to ensure the realization of the right to health, and specifically, the reserve of the possible basis for decisions on the matter. The justification is based on the limited budget forecast, since there is a growing search for judicial sentences capable of effecting the right to health in Brazil. Thus, from a doctrinaire and qualitative research, the present work was developed to identify judicial demand and to trace the foundations of the institute of the reserve of the possible.

**Keywords:** Judiciary. Cheers. Reservation as possible.

## LISTA DE SIGLAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
NAIS	Núcleo de Atendimento Inicial à Saúde
NATS	Núcleo de Apoio Técnico em Saúde
NOB	Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde
SIOPS	Sistema de Informação sobre Orçamentos Públicos em Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
UPA	Unidade de Pronto Atendimento



## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Quantitativos de processos por assunto.....	24
Tabela 2 – Comparação entre os anos 2016 e 2017.....	26

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>O Direito à Saúde nas Constituições brasileiras.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Direito à saúde na Constituição de 1988.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>A Municipalização da Saúde a partir da Constituição de 1988.....</b>	<b>15</b>
<b>2.3.1</b>	<b><i>A descentralização da Saúde no Ceará.....</i></b>	<b>16</b>
<b>3</b>	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1</b>	<b>A justiça em números: ações de tutela do direito à saúde.....</b>	<b>23</b>
<b>4</b>	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>29</b>
<b>4.1</b>	<b>A reserva do possível – limitação financeira do Estado na prestação dos serviços de saúde.....</b>	<b>30</b>
<b>4.2</b>	<b>O Instituto da Reserva do Possível como fundamento das decisões judiciais nas questões de saúde.....</b>	<b>32</b>
<b>4.3</b>	<b>A Reserva do Possível e o Impacto no Orçamento.....</b>	<b>36</b>
<b>4.4</b>	<b>A Garantia do Mínimo Existencial.....</b>	<b>38</b>
<b>4.5</b>	<b>O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais Sociais.....</b>	<b>45</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira desde muito tempo tem passado por problemas na área de saúde, principalmente quanto aos seus aspectos jurídicos, a partir da Constituição de 1988, quando o legislador constituinte estabeleceu o direito à saúde como um direito social, o que levou a doutrina e a jurisprudência à uma discussão constante sobre o assunto acerca da classificação da norma constitucional no que se refere ao direito à saúde, se a sua incidência como um direito social, enquanto direito fundamental, ou se deveria ser tratado como um direito fundamental social com ou sem máxima efetividade, o que, posteriormente, essa discussão foi levada aos tribunais brasileiros no sentido de se efetivar o direito público à saúde.

A saúde é um direito de todos estabelecido pela Constituição de 1988 e por intermédio do Estado assegurar à população, a redução de doenças (de modo preventivo) ou o tratamento desta. As condições oferecidas para a população devem conter serviços de qualidade, proteção e recuperação dos seus pacientes independente da condição social do usuário do serviço, em razão do princípio da universalidade. Mas no caso não é assim que se apresentam os serviços de saúde para quem procura hospitais, postos de saúde e as Unidades de Pronto Atendimento de Saúde – UPA.

O direito a saúde está descrito no rol dos direitos sociais constata do Art. 6º, da Constituição com especificações nos Arts. 196/200, a partir da definição de direito à saúde, além da indicação dos princípios correspondentes ao alcance da concessão e promoção à saúde da coletividade brasileira.

A concessão do direito público à saúde ensejou também a possibilidade de judicialização desse direito, ante a existência da universalização. Essa judicialização é considerada um fenômeno recente, e, cada vez mais as discussões estão relevantes sobre o acesso à saúde como um direito social e fundamental ao mesmo tempo, o suporte financeiro-orçamental por parte dos gestores públicos, onde pessoas não têm seus direitos respeitados chegando até mesmo fazer denúncias nas redes sociais ou nas emissoras televisivas.

A temática do estudo sob o olhar jurídico tem o privilégio de debater a amplitude e minúcias que o tema comporta, uma vez que está em crescente a demandas nos tribunais processos via defensoria pública pelos hipossuficientes que exigem a efetivação do seu direito à saúde.

A essas demandas, cabe ao Poder Judiciário decidir questões que estão diretamente relacionadas com esse direito, e que passam a ser assegurada como denominação de direito fundamental ou social ao cidadão. Por outro lado, a União, o Distrito Federal, o Estado e o Município, buscam demonstrar que o judiciário deve observar seus limites orçamentários nestas decisões relativas aos gastos com a saúde de sua população e da reserva do possível. A partir desse pensamento, procura-se responder a seguinte indagação: Quais as perspectivas das decisões judiciais propostas em matéria de saúde, quando da ponderação do princípio da reserva do possível?

Sob tal perspectiva, o cerne deste estudo apresenta uma conotação doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimidade do Poder Judiciário para garantir a concretização do direito à saúde, e a observância dos princípios da separação de poderes, da previsão orçamentária e da reserva do possível. O estudo é baseado em uma pesquisa doutrinária e qualitativa.

A estrutura da pesquisa será descrita em três partes. Na primeira, realiza-se um estudo acerca da tutela constitucional do direito à saúde, inclusive sob a previsão de uma evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras. No segundo capítulo, trata-se sobre a judicialização da saúde no Brasil, e por último, um estudo sobre a abordagem da reserva do possível nas decisões judiciais de garantia do direito à saúde.

## **2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Os direitos fundamentais surgiram por meio de inúmeras lutas sociais, essas lutas jamais param de acontecer estão ainda presentes na atualidade, todo esse levante já vem do resultado de uma evolução histórica que perpassa os séculos das nações ocidentais, onde o povo sai em busca da consolidação de direitos.

### **2.1 O Direito à Saúde nas Constituições brasileiras**

Há uma identificação histórico-constitucional nas Constituições brasileiras, por isso, identifica a partir da Constituição de 1824 até se chegar a descrição normativa da Constituição de 1988.

A Constituição Imperial de 1824 trazia dentre outros a liberdade de trabalho, como instituição primária gratuita e estabelecia o direito à saúde a todos os cidadãos (Art. 179, XXXI).

A Constituição de 1891, como primeira Constituição Republicana traz uma grande mudança no campo político e na forma de relacionamento do Estado, porém, o campo social ficou esquecido, o que já não ocorreu com a Constituição de 1934, em virtude da influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar (1919), momento em que se estabeleceu um grande avanço no campo dos direitos sociais, pois foi a primeira constituição a instituir um título específico dedicado à ordem econômica e social.

O grande avanço social da Constituição de 1934 deu-se no campo dos direitos e garantias trabalhistas, trazendo também uma evolução em outras áreas como pode ser observado em seu Art. 10, inciso II, o qual determinava a competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e da assistência pública.

Já a Constituição de 1937, era uma essencialmente autoritária e centralizadora, outorgada por Getúlio Vargas, e trazia como competência privada da União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, com especial atenção à saúde da criança (Art. 16, inciso XXVII).

A Constituição de 1946 se propôs a redemocratização do Brasil, restaurou os direitos e garantias individuais, prescrevendo como competência da União o estabelecimento de normas gerais sobre a defesa e proteção à saúde, porém permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva ou complementar (Art. 5º, inciso XV e art. 6º).

A Constituição de 1967 não trouxe mudanças significativas em matéria de proteção e assistência à saúde, porém, dava competência à União para o estabelecimento de planos nacionais de saúde (Art. 8º, inciso XV) e atribuía à União a competência para legislar sobre defesa e proteção à saúde (inciso XVII, alínea c), permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva (§ 2º).

Porém, a Constituição de 1988 estabeleceu uma conotação diferenciadora, pois o Direito à Saúde alcança a universalização de atendimento e direcionamento tanto para o setor público, como para o setor privado a prestação dos serviços de saúde e traz um embasamento de princípio fundamental a ser resguardado pelo Estado brasileiro.

## **2.2 Direito à saúde na Constituição de 1988**

A Constituição de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”, inspirada na reestruturação democrática do país e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A busca pela efetivação do princípio da Igualdade, que só poderá ser efetivada através de ações positivas do Estado, atividades essas que terão a finalidade de minimizar as diferenças sociais, alçados à categoria de Direitos e Garantias Fundamentais.

O Art. 6º estabelece, dentre outros, o direito à saúde como direito social, no Título VII, Da Ordem Social, Capítulo II, Da Seguridade Social, e Seção II, onde dispõe exclusivamente sobre os Direitos à Saúde. Com isso, percebe-se que foram outorgados direitos sociais à população, e, nessa evolução elenca-se o direito social a saúde.

Assim, num país democrático, o direito social tem como principal objetivo alcançar a melhoria de vida da população bem com a justiça social. Silva (2005, p. 128) aponta:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações, [...], constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

O legislador é claro em citar a saúde como um direito social, de relevância primordial. Esse direito é reconhecido pela Constituição de 1988, o qual dispõe em seu Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Nessa seara, Silva (2005, p. 285) conceitua os direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com isso, se deixa claro que as prestações desses serviços têm que ser qualificada como positivas, as quais revelam que os órgãos do Estado têm obrigação de prestar esses serviços, que consubstancia nos direitos sociais de beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indiretamente, a partir do momento da realização desse serviço.

Assim, os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, oferecendo condições dos mesmos procurarem os serviços necessários às suas necessidades, promovendo o bem-estar social e econômico dos indivíduos na sociedade, diminuindo as desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento desses indivíduos.

A Constituição traz os direitos fundamentais como sendo direitos individuais e coletivos, os quais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana ou de sua própria personalidade, como vida, dignidade, honra e liberdade.

Os Direitos Sociais também se caracterizam como liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, e sua finalidade é a melhoria das condições de vida aos menos favorecidos, viabilizando a igualdade social. Constitucionalmente, os Direitos Sociais estão consolidados no Art. 6º. (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, e proteção à maternidade e a infância, além da assistência aos desamparados<sup>1</sup>).

Assim, a Constituição de 1988 como reflexo de uma evolução constitucional contemporânea estabelece a saúde como jurídica tutelável e consagrado como direito fundamental e “de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria” Sarlet, (2006, p. 3).

Assim, o direito à saúde na ordem jurídico-constitucional estabelece uma dupla fundamentalidade formal e material e de revestimento dos direitos e das garantias fundamentais Sarlet, (2006, p. 3), colocando a saúde na condição de norma fundamental. Complementando esse entendimento, verifica-se que o pensamento de Ingo Sarlet (2006, p. 4) é no sentido de que:

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.

Essa previsão constitucional propõe para o Estado brasileiro uma intenção de reformar a estrutura da saúde pública, com instrumento além dos contornos correlacionados a uma proposta além da garantia de assistência social, rompendo com a sistemática anterior, tanto na seara legislativa como de efetivação da atividade no âmbito da municipalidade.

### **2.3 A Municipalização da Saúde a partir da Constituição de 1988**

---

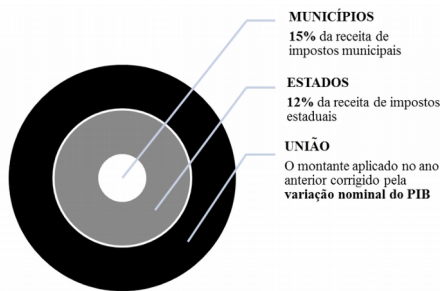
1 Em 14 de fevereiro de 2000, entra em vigor a Emenda Constitucional n 26, depois entra em vigor a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, dispondo em seu escopo a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais redirecionando a assistência em saúde mental.



A municipalização da saúde com a Constituição de 1988 descentraliza a atenção à saúde, na esfera do Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentada a partir do ano de 1991. Esse ordenamento jurídico foi um texto complementar a Carta Magna a qual destinava sua regulamentação em todo território nacional, e em todas as ações e serviços de saúde, através da Lei nº 8.080 de 19/09/1990 e em seguida, a Lei nº 8.142, de 28/12/1990.

## VINCULAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

### EC 29/2000



A partir daí, o Ministério da Saúde passou a utilizar a legislação para operacionalização da descentralização do sistema de saúde no âmbito dos Municípios. Essa gestão descentralizada inclui os serviços da assistência médica, ambulatorial e hospitalar, aqui também estão inclusos a compra de remédios e todas as normas operacionais básicas dos serviços de saúde.

Com a publicação da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB, a lei passa a ser identificada como um instrumento político de relevância para responder à negociação e acertos financeiros impostos daquela data em diante nos três níveis do SUS. Essa descentralização foi discutida na Conferência Nacional de Saúde e no Conselho Nacional de Saúde na cidade de São Paulo em 1990.

### 2.3.1 A descentralização da Saúde no Ceará

O Ceará é um estado que descentralizou a saúde, na transferência de gestão, em virtude da precariedade dos serviços como era considerada ineficiente pelo Ministério da Saúde.

Com o compromisso pela saúde, a principal mudança deste processo de transferir a gestão para os municípios era a estruturação do trabalho administrativo, técnico e a logística para integrar as políticas públicas de saúde com a participação popular.

No contexto Mendes (2007, p. 17) “o Ceará foi considerado como o primeiro estado brasileiro a desenvolver a experiência de municipalização com base na concepção de redes de atenção à saúde”.

No segundo governo de Tasso Jereissati que começou em 1995 e foi até 1999, o Estado experimentou a municipalização da saúde, desenvolvida no Plano de Desenvolvimento Sustentável, o qual esclareceu o crescimento econômico e o desenvolvimento social, que tinha como direcionamento a Reforma Administrativa do Estado, sob a justificativa de tornar a gestão pública mais eficiente nas áreas da saúde e educação.

O governador trouxe uma equipe da Espanha, a qual tratou de preparar o Estado para uma municipalização que buscava numa compreensão melhor da autoridade municipal, onde os recursos financeiros aqui destinados à saúde pudessem atender toda a demanda dos pedidos deste setor.

Assim, as prioridades do ‘governo das mudanças’ contemplaram a questão das finanças do estado, o investimento na infraestrutura tecnológica, criação de ouvidorias, qualificação de pessoal que estava devassada, reformulação dos modelos de gestão. Ainda dentro dessas mudanças, a equipe trazida pelo Governador Tasso Jereissati incentivou a criação de organizações sociais dentro da Secretaria de Saúde com a mobilização social da população que era entendida como uma parceria na execução do plano sustentável. O governo firmou parcerias com as organizações não governamentais no tocante à municipalização da saúde cearense.

A visão administrativa do Estado contribuiria para melhorar a gestão que precisava ter maior flexibilidade, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades sem perder o controle da situação em curso, no caso, era municipalizar os serviços de saúde.

O plano de municipalizar a saúde no Estado já estava delineado na diretriz da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará. Todo o processo de descentralizar a gestão de saúde ocorreu através de seminários com prefeitos e secretários municipais de saúde dos municípios do estado.

O processo de municipalização da saúde no Estado ocorreu um ano após a promulgação da constituição estadual, pois foi só em 1990 que os municípios cearenses tomaram as devidas providências para adequarem a nova gestão de saúde, estabelecida nas diretrizes da secretaria estadual, todos tinham que reestruturar suas necessidades para receber o fundo municipal de saúde. Dentro dessas ações foi assinado um acordo de intenções entre o estado e as prefeituras, os gastos financeiros deveriam ser prestados contas a cada três meses além de firmarem o compromisso de elaborar o Plano Municipal de Saúde, com modelo dentro dos padrões da secretaria estadual para organização dos serviços de saúde; estruturar administrativa capaz de assumir as responsabilidades e atribuições repassadas pela a instância maior do estado; alocar recursos orçamentários do município para o setor de saúde com desempenho do Programa de Saúde oferecido pelo município participante; criar do Conselho Municipal de Saúde como instância de gestão do sistema de saúde com a participação popular; e se responsabilizar pela manutenção das Unidades de Saúde e equipamentos adquiridos ou cedidos pelo estado. Todos os dados e informações chegados ao governo do estado passam direto para o Tribunal de Contas do Estado para serem analisados, de forma a evitar que os dados sejam alterados podendo atrasar os recursos financeiros destinados ao município e evitar desvios de sua finalidade como também ter observância na Lei de Responsabilidade Fiscal ( LC nº 101/2000).

Apesar de um crescente aumento nas demandas de judicialização em nível nacional, tivemos uma redução no Estado do Ceará, conforme reportagem do Diário do Nordeste, veiculada em sua página digital do dia 03 de abril de 2017:

No ano passado, conforme dados da Secretaria da Saúde do Estado (Sesa) foram recebidas demandas de 4.073 processos judiciais, enquanto em 2015, esse número chegou a 5.461. As despesas necessárias para cumprir as determinações totalizaram, em 2016, R\$ 80 milhões, quase metade dos R\$ 148 milhões desembolsados em 2015.

A prática, no entanto, deixou de ser exceção para se tornar regra, forçando Estados e Municípios a encontrarem novos meios de evitar a quantidade excessiva de processos e, ao mesmo tempo, atender a pacientes que precisam, às vezes em caráter de urgência, de tratamentos. No Ceará, iniciativas com base em conciliações ou na racionalização de procedimentos conseguiram, entre 2015 e 2016, reduzir em 25,41% o número de demandas que chegaram à Sesa e em 46% os gastos com elas.

Do montante empregado no ano passado, 52% destinou-se ao custeio de medicamentos e materiais médicos, como próteses e dietas alimentares para pacientes. Os outros 48% foram utilizados em internações, cirurgias e exames.

Para quem depende inteiramente do Sistema Único de Saúde - SUS, a efetivação de um direito considerado fundamental esbarra, com frequência, nas carências e dificuldades de acesso aos serviços públicos. É por isso que a judicialização de demandas de saúde, desde o fornecimento de medicamentos à obtenção de vagas em leitos hospitalares, tornou-se a alternativa encontrada por boa parte da população para ter suas garantias respeitadas.

Apesar de possuir números, ainda altos, nota-se uma considerável redução prossegue a reportagem:

Os resultados vêm progredindo desde o ano passado, quando as demandas passaram a ser resolvidas prioritariamente de forma administrativa, sem encaminhamentos para a Justiça. Uma das ações desenvolvidas nesse sentido a criação do Núcleo de Atendimento Inicial à Saúde (Nais) na Defensoria Pública, instituição de onde parte grande parte dos processos no Estado.

Em janeiro e fevereiro deste ano, dos 600 atendimentos realizados pelo Núcleo, 160 foram solucionados sem a necessidade de recorrer ao judiciário. Segundo Nelie Marinho, supervisora do Nais, a medida é uma forma de facilitar o atendimento das demandas pelo Poder Público e, ao mesmo tempo, garantir que os pacientes sejam assistidos de maneira satisfatória.

O trabalho da Defensoria é complementado pela ação do Tribunal de Justiça do Ceará - TJCE a partir do Núcleo de Apoio Técnico em Saúde - Nats, criado também em 2016. O grupo é formado por médicos e farmacêuticos que prestam consultoria a juízes encarregados de julgar demandas de saúde. A iniciativa partiu do Conselho Nacional de Justiça CNJ como forma de dar maior subsídio às decisões judiciais.

Os juízes muitas vezes não sabem se aquele tratamento é seguro, é eficaz. O núcleo dá todo o entendimento técnico em relação à solicitação feita. No caso de um medicamento, vai fazer avaliação da droga, do preço, se existe um similar fornecido pelo SUS. Isso qualifica a decisão do juiz e vai haver uma racionalização dos procedimentos, os coordenadores do NAT e do Comitê Executivo de Saúde do Ceará são ouvidos pelos juízes até que chegam a uma decisão.

Os magistrados salientam que deve haver ponderação da Justiça e diálogo com os órgãos de saúde e as entidades que representam pacientes, a exemplo da Defensoria, para que a judicialização deixe de ser regra e os orçamentos para a área possam ser preservados.

O Judiciário, ao despachar medicamentos ou procedimentos, tem que pesquisar se existe uma política pública instituída para a doença. Se não, precisa analisar se o medicamento solicitado está baseado em evidências científicas e é de se ponderar se isso não vai desorganizar outras políticas.

Cumprimento de decisões esbarra em falhas do sistema. Sejam elas judicializadas ou não, as demandas que chegam aos órgãos de saúde do Estado precisam ser atendidas de imediato. No entanto, por questões que vão desde a imitação de recursos a dificuldades de gestão do Sistema Único de Saúde - SUS, muitas determinações não são cumpridas ou demoram para serem efetivadas.

O que se pode fazer é procurar melhorar a rede de atenção à saúde e investir mais em prevenção de doenças e promoção de saúde para os indivíduos. Não é interessante fazer altos custos financeiros é preciso trabalhar a saúde da população em projetos sociais, isto é, nas escolas, associações de moradores dos lugares, provendo palestras, seminários entre outros e na fiscalização dos recursos financeiros para que a população venha sofrer perdas na justiça em busca de seus direitos a saúde digna já amparada por lei.

### 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A maior solicitação judicial nos tribunais dos Estados está no âmbito da saúde e se constituem através de pedidos individuais ou coletivos. Nessas demandas estão internamentos para cirurgias de alto risco, medicamentos de alto custo que são solicitados, tratamento de diversos tipos que envolvem fisioterapia, acidente vascular cerebral entre outros.

Vive-se um eterno dilema entre a jurisprudência e a saúde que se manifesta no fenômeno da judicialização da saúde e de como os entes federados representados pelos Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário, promovem o bem estar dos atores de forma justa e igualitária sem discriminação de qualquer espécie, na promoção do acesso universal da saúde. E, de acordo com Ventura (2010, p. 43):

A alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete a busca de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. O fenômeno pode ser considerado como um recurso legítimo para a redução do distanciamento entre direito vigente e o direito vivido.

A saúde é um direito fundamental social de forma explícita e que é dever do Estado. Sua garantia se deve a discussão das políticas sociais e públicas que possibilitem ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação de forma justa e igualitária, principalmente aos sujeitos menos favorecidos. Por isso, Streck (2007, p. 310) evidencia a importância da interpretação constitucional dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde:

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem.

E, na área da saúde, os serviços são bastante precários, por isso, Paranhos (2007, p. 171) segundo seu argumento a respeito desse direito afirma que

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim.

A Judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política.

O autor ainda destaca acima que Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, no caso, o Congresso Nacional e o Poder Executivo em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Assim, o Poder Judiciário passa a exercer com maior frequência as suas funções singulares, de forma que Lenza (2007, p. 325) afirma que a:

Função típica do Poder Judiciário é: Julgar função jurisdicional, dizendo o direito no caso concreto e os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei e função atípica é: a) Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, "a"); b) Natureza executiva, administrativa ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários.

Com o sistema de saúde pública é precário no seu atendimento, bem como no fornecimento de medicamentos e na assistência aos pacientes. Toda situação tem condicionado à população socorrer-se da justiça para a efetivação do seu tratamento médico, através de liminares e demandas de urgência. Sobre o assunto, Franco (2012, p. 23) alerta que:

Por esse motivo, dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde.

Vivenciam-se momentos delicados no país com a precariedade dos serviços de saúde, educação e segurança pública, em todas as áreas estão sendo cortados recursos financeiros, que comprometem o fornecimento de medicamentos de alto custo, cirurgias, alimentação de pacientes, aparelhagem adequada em procedimentos residenciais dos doentes, pelo Poder Público e que dão origem aos processos judiciais.

### **3.1 A justiça em números: ações de tutela do direito à saúde**

Em 2017, o CNJ analisou a judicialização da saúde e apresentou diversas espécies de objetos de processos incluindo inclusive ações reparatórias propostas por pessoas vítimas de erro médico. Dessa forma, entre 2016 e 2017, foram ajuizadas 1.346.931 ações na área de saúde:

Tabela 1 – Quantitativos de processos por assunto



<b>Relatório Justiça em Números 2017</b>	
<b>Tipos de processos</b>	<b>Quantidade de processos</b>
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	103.907
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147
Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579
Tratamento Médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	214.947
Assistência à Saúde	28.097
Ressarcimento ao SUS	3.489
Reajuste da tabela do SUS	2.439
Convênio médico com o SUS	1.037
Repasse de verbas do SUS	786
Terceirização do SUS	676
Planos de saúde (direito do consumidor)	427.267
Serviços hospitalares – Consumidor	23.725
Planos de saúde (benefício trabalhista)	56.105
Doação e transplante órgãos/tecidos	597

Saúde mental	4.612
Controle social e Conselhos de saúde	2.008
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774
Erro médico	57.739
<b>TOTAL</b>	<b>1.346.931</b>

Fonte: CNJ (2017)

Esses dados foram extraídos do Relatório Justiça em Números (2017) identificando 1.346.931 processos judiciais de saúde que tramitam em 1º e 2º graus nos Juizados Especiais, Turmas Recursais, Turmas de Uniformização e no STJ.

As maiores demandas referem-se às relações consumeristas e que envolvem os planos de saúde, com 427.267 processos e em segundo lugar, ações para solicitar o fornecimento de medicamentos, com 312.147 processos.

As demandas que se referem a transplante e doação de órgãos e tecidos ocupam o último lugar no ranking com 597 processos.

Numa outra tabela, verifica-se uma comparação de quantitativos de demandas no ano de 2017, se comparado ao ano anterior.

Tabela 2 – Comparação entre os anos 2016 e 2017

	<b>Relatório Justiça em Números 2016</b>	<b>Relatório Justiça em Números 2017</b>	
<b>Tipos de processos</b>	<b>Ano base 2015</b>	<b>Ano base 2016</b>	<b>Aumento (%)</b>
Controle social e Conselhos de saúde	1.468	2.008	37%
Convênio médico com o SUS	737	1.037	41%
Doação e transplante órgãos/tecidos	491	597	22%
Erro médico	38.810	57.739	49%
Fornecimento de medicamentos	200.090	312.147	56%
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642	8.774	56%
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611	56.105	53%
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449	427.267	46%
Saúde mental	3.001	4.612	54%
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856	214.947	42%
Tratamento médico-hospitalar	60.696	98.579	62%
<b>TOTAL</b>	<b>792.851</b>	<b>1.183.812</b>	<b>49%</b>

Fonte: CNJ (2017)

Em qualquer tipo de ação proposta houve um aumento significativo na judicialização da saúde, numa média de quase 50%, o que aponta uma real necessidade de mudança comportamental na forma de prestação de serviços de saúde, tanto no setor público, como no setor privado.

Deve-se atentar principalmente para as demonstrações de aumento de percentual ocorridos nos parâmetros relativos a fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar, o primeiro representando um aumento de 56% enquanto o segundo representa um aumento de 62%, pois esses tipos de processos demandam os maiores aportes de recursos.

#### 4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

O controle financeiro é premissa básica para uma boa gestão e para acompanhamento da gestão financeira foi criado pelo Ministério da Saúde o relatório do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS que demonstra a despesa por categoria (corrente e capital), o investimento dos três níveis de governo, União, Estado e Município na Saúde, o percentual do investimento do município de acordo com a EC nº 29/2000 e os valores arcados anualmente.

O financiamento federal está composto por blocos de financiamento antes instituído pela Portaria nº 204 do ano de 2007 que foi alterada pela portaria nº 837 do ano de 2009, acrescentando o bloco de investimento na Rede de Serviços de Saúde. A sua transferência ocorre através de repasse “fundo a fundo”, ou seja, do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Municipal de Saúde.

O bloco de recursos são financiamentos para o custeio da saúde no estado vem do SUS, são distribuídos em blocos conforme os seguintes: Atenção Básica é um conjunto de ações, de caráter individual e coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção da saúde, a prevenção de agravos, tratamento e a reabilitação, Atenção de Média e Alta Complexidade é atenção básica de saúde, Vigilância em Saúde está relacionada às práticas de atenção e promoção da saúde dos cidadãos e aos mecanismos adotados para prevenção de doenças. A partir daí, a vigilância se distribui entre: epidemiológica, ambiental, sanitária e saúde do trabalhador.

Já a Gestão do SUS está relacionada com sua administração, isto é, nas secretarias estaduais e municipais, na Assistência Farmacêutica e Investimento na Rede de Serviços de Saúde os recursos financeiros são destinados para compra de remédios e insumos nos postos de saúde. Porém a saúde está sempre com recursos em falta para sua aplicação.

Sobre esse assunto, Aith (2007, p. 399) comenta:

Essa constatação, que pode parecer óbvia a economistas e administradores de saúde acostumados a lidar com escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece à ideia culturalmente arraigada de que saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria

vida. Esta postura compreensível, mas fundamentalmente insustentável é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre mal aplicados e frequentemente desviados por corrupção. Nesse clima, fica a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim sua utilização inadequada.

Os gastos com a saúde sempre foram uma preocupação dos que fazem parte da saúde, isto é, médicos, administradores hospitalares, assistentes sociais e profissionais que trabalham em hospitais públicos e postos de saúde.

A saúde é um direito essencial à vida humana, com garantias do Estado na qualidade de responsável na efetivação desse direito e sua respectiva garantia fundamental de todo indivíduo. Contudo, esses direitos não são cumpridos de forma adequada pelo Poder Público, que geram danos aos menos favorecidos que procuram os serviços de saúde do lugar onde moram.

Ressalte-se que o direito à saúde pública de qualidade é um direito fundamental do cidadão prescrita no Art. 196<sup>2</sup> da Constituição Federal.

A falta de políticas públicas, a insuficiência financeira dos recursos, a falta de profissionais de saúde e equipamentos adequados nos hospitais ou postos de saúde, prejudica na validação do exercício de direito dos cidadãos, daí a intervenção do Poder Público faz-se necessária nessa garantia.

Desta maneira, o Poder Judiciário tem um grande acréscimo de ações contra o Estado, com intenção de obrigar os órgãos responsáveis pela saúde pública nas esferas federal, estadual e municipal a realizar o cumprimento de medidas cabíveis na liberação dos recursos financeiros para a efetivação do tratamento do paciente em questão.

#### **4.1 A reserva do possível – limitação financeira do Estado na prestação dos serviços de saúde**

Nas demandas judiciais que tem como objeto a efetivação dos direitos fundamentais sociais quase na sua totalidade tem como argumento, por parte do Estado, a limitação de recursos financeiros.

Conforme Matsuda(2010, p. 04)

---

2 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

A reserva do possível é um argumento ocasionalmente utilizado nas respostas do Estado às demandas judiciais cujo objeto é o adimplemento de prestações previstas em normas que conferem aos cidadãos algum direito fundamental social. Objetiva adequar essas pretensões às possibilidades financeiras do Estado.

Entende-se que a efetivação desses direitos está em junção nas possibilidades financeira do Estado nos gastos com a saúde da população, ou seja, a existência de recursos financeiros disponíveis pela máquina estatal.

O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos. Essas despesas são originárias da arrecadação trazida pelo Estado por meio da cobrança dos impostos pagos por todas as pessoas.

O instituto surgiu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, comumente apontadas pela doutrina constitucionalista remontam a uma série de decisões do Tribunal no famoso caso do *numerus clausus*. No caso em discussão, o Tribunal alemão resolveu a lide ingressada por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina pelo simples motivo de limitação de vagas em cursos superiores adotado pelo país em 1960.

Os estudantes se valeram do artigo 12º da Lei Fundamental segundo a qual: “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”. Já feita à tradução do idioma alemão para o português. O Tribunal Constitucional entendeu que o direito a prestação de serviço relevante à educação que mais tarde serviria a nação foi posto em prática, isto é, o aumento do número de vagas na universidade se encontrava sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que os estudantes podiam esperar de maneira racional.

Suponha-se que essa limitação de acesso ao curso de medicina por estudantes na Alemanha ia afetar mais tarde o país. Foi daí em diante que a expressão reserva do possível passou a ser empregada para manter que nem tudo que a população quer é possível, tudo tem que ser de acordo com a exigência, da nação.

O repasse dos recursos financeiros, como visto anteriormente é realizado via “fundo a fundo”, ou seja, do Fundo Nacional de Saúde, para o Fundo Municipal de Saúde, que se transforma na ação dos direitos fundamentais. Sabemos que a o repasse financeiro existe, esse recurso financeiro gera a negativa quando o direito



pleiteado não é atendido pelo governo, ao se procurar os serviços de saúde que estão além de sua capacidade financeira.

Neste caso, os problemas começam a partir do momento que o Estado, não podendo ir de encontro ao que prescreve o art 16º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), admite a carência dos recursos para a efetivação dos serviços de saúde, no caso, os direitos fundamentais que só poderão ser efetivados quando o Estado possuir verbas para atender o contribuinte, restando somente ao cidadão lutar pelo seu direito pela via judicial.

A justiça em certos casos dá ganho de causa ao indivíduo, de modo que a questão econômica por não possuir recursos financeiros suficientes para atender o caso é completamente desconsiderada. Até o presente momento tem-se um entendimento sobre o que é a reserva do possível, tudo está relacionado aos direitos sociais e fundamentais, ao passo que os custos dos direitos podem ou não determinar a sua realização para os que procuram a justiça na garantia de serem atendidos nos serviços de saúde.

#### **4.2 O Instituto da Reserva do Possível como fundamento das decisões judiciais nas questões de saúde**

A alegação mais usada nos tribunais brasileiros pelos administradores públicos é de que não se tem recursos financeiros suficientes para efetivar os direitos básicos positivados na Carta Magna de 1988 nos gastos de saúde. O princípio adotado no Brasil que teve sua origem na Alemanha, mas foi adaptado no país com algumas restrições na sua aplicabilidade como forma de conter os direitos reivindicados pela população quando se busca uma solução para o problema no alto custo de pacientes que estão em processo de atendimento hospitalar e o gasto deve ultrapassar o que já está no orçamento.

Essa interpretação deveria ter o nome de Reserva do Financiamento Possível, já que os recursos oriundos dos repasses do fundo de saúde são mal aplicados e não chegam para custear o que precisa nas unidades hospitalares, sabemos que tudo é uma questão política em se tratando desse recurso financeiro.

A reserva do possível é uma limitação aos gastos já planejados com a saúde, a mesma é uma condição de realidade que determina os gastos quando os

mesmos já foram aprovados no orçamento público do Estado. A não efetivação de um direito fundamental social mesmo quando os recursos estiverem suficientes em caixa, estando inclusive disponíveis mas o não atendimento do pedido leva, quase sempre, a processo judicial.

A questão não é tão simples, quando se busca a confirmação de um direito fundamental como o direito à saúde é preciso ter em mente qual será a responsabilidade dos órgãos públicos nessa concretização.

De acordo com Figueiredo (2007, p. 209):

Como dá conta à problemática posta pelo custo dos direitos, por sua vez, indissociável da assim designada 'reserva do possível', a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

No entanto, os entes federados responsáveis pela distribuição dos gastos com a saúde, neste caso, medicamentos de alto custo ou qualquer situação que venha ter gastos extras com a saúde, não vêm cumprindo a Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou os Arts. 34,35, 156,160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, prevendo a destinação, no orçamento, de recursos mínimos para a área da saúde.

Não se pode fazer comparações entre a Alemanha, berço da teoria da Reserva do Possível, e o Brasil, pois existem significativas diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas, além da permanente crise social; hospitais mal equipados da rede pública e sem vagas; problemas sociais com crianças e idosos; problemas financeiros, dentre outros.

Como se pode observar, são tantas as distorções da administração dos agentes públicos, que não daria nem pra descrever, pois o assunto não se esgota. Neste caso, aqui no país devido a nossa realidade econômica e social ser bem diferente da Alemanha a Reserva do Possível é usado de certa forma como obstáculo na efetivação dos direitos fundamentais sociais frente ao orçamento

estadual nos gastos com a saúde. Sobre o assunto, Barcellos (2002, p. 232) se posiciona afirmando que.

[...] é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Na atualidade, torna-se praticamente impossível garantir integralmente a efetividade de todos os direitos fundamentais sociais dos indivíduos que buscam resolução nos casos de saúde pública para fazer seu tratamento, cabe ao Estado fazer escolhas, estabelecendo as prioridades e os critérios a serem seguidos, por meio da implementação de políticas públicas. Oliveira (2006, p. 251) alerta “As políticas públicas são providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

As políticas públicas são discutidas com intuito de destinar recursos financeiros através de projetos sociais para determinados fins, isso inclui a saúde, a mesma encontra barreira na questão da Reserva do Possível que limita os gastos, quando sabemos que às vezes dá para ter um atendimento ao paciente que procurou seus direitos na justiça.

Neste, caso a Administração Pública, tem o objetivo de analisar os casos, esta análise deve procurar conciliar o pedido, procedendo à análise interpretativa da situação, a mesma deve organizar a solicitação de modo a prevalecer os direitos considerados de maior relevância, ou seja, os casos que exigem um atendimento imediato do paciente.

Neste contexto, o poder descrito aqui vai ser denominado de poder discricionário<sup>3</sup>, que por meio do qual a Administração Pública encontra a solução mais adequada que convenha a satisfazer o interesse público,

---

3 No entanto, a discricionariedade é a qualidade daquilo que depende da decisão de uma autoridade com poder discricionário. Mas, também pode se referir à liberdade dada à Administração Pública para agir e tomar decisões dentro dos limites da lei. Isto significa que, o Princípio da Discricionariedade é a opção que é dada, no âmbito do Direito, para que seja escolhida uma entre as várias hipóteses previstas pela lei e Constituição sobre determinado assunto. Ou seja, o princípio é uma opção que é dada, no âmbito do direito nas condutas do administrador, que não permite que ele opte por concretizar ou não o direito fundamental, porém o mesmo deve ponderar a distribuição de recursos em questão.

sem necessidade de dispositivo legal.

Na lição de Alexandrino e Paulo (2017, p. 275)

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica da lei de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. [...] isso porque qualquer restrição a direitos dos particulares só é legítima medida em que seja necessária ao atendimento do interesse público.

É evidente, que tendo total liberdade, o Estado deve pautar pela Constituição sua escolha que determine as diretrizes a serem seguidas a fim de satisfazer os objetivos fundamentais nela previstos<sup>4</sup>. Em outra análise efetivar os direitos fundamentais sociais como única forma de existência de recursos disponíveis, implica na decisão do administrador, essa atitude talvez possa causar insegurança jurídica, razão pela qual tudo deve ter uma análise cautelosa do caso concreto, sempre viabilizando a melhor decisão para que o conflito de interesse seja resolvido logo, afinal o paciente tem pressa nesse atendimento.

A concretização dos direitos fundamentais sociais tem uma elevada relevância, então a Reserva do Possível deve se contrapor quando invocada com intuito de afastar a obrigatoriedade na efetivação do seu pedido junto ao Estado, por essa razão a mera argumentação de falta de recursos não é suficiente, deverá ter comprovação clara por parte do Estado.

Na realidade, o que se comprova é um descaso na efetivação do direito social a saúde, sabemos que existe um mau planejamento das verbas destinadas pelo Estado, pessoas doentes, filas intermináveis nos postos de saúde, hospitais sem condição de realizar seus trabalhos diários por falta de pagamento até da energia elétrica, internações irregulares, digo os famosos piscinões onde os pacientes estão acomodados no chão.

---

4 O Estado do Ceará aplica os recursos financeiros da reserva do possível de acordo com a Administração Pública, esse dinheiro advém do tesouro estadual e seu gasto deve receber restrições no caso do medicamento de alto custo, cujo valor ultrapasse o determinado pela justiça.

### 4.3 A Reserva do Possível e o Impacto no Orçamento

Os direitos fundamentais dependem de prestações positivas, isto leva a crer que o mesmo tem legitimidade, uma vez que ajudam no processo democrático, além de se basearem na dignidade da pessoa humana. Assim os gastos dos recursos financeiros por parte dos governos nas três esferas do poder, se encontram reduzidos, prejudicando a efetivação desse direito, declarando que há escassez desses recursos financeiros em todos os setores administrativos.

Não obstante, é inadmissível deixar que o Estado tome decisões de não implementá-lo, pelos menos uma parcela mínima junto a sociedade. Cada item do direito fundamental social garante a vida digna de cada pessoa sob pena de atentar contra as garantias constitucionais em caso da não aplicabilidade desse direito. No centro dessa parcela mínima dos direitos fundamentais se tem o chamado Mínimo Existencial, que na perspectiva de Rocha (2005, p. 445) foi criada “para dar efetividade ao princípio da possibilidade digna, ou da dignidade da pessoa humana a ser garantido pela sociedade e pelo Estado”.

Canotilho (2001. p. 203) esclarece a respeito da reserva mínima:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos princípios da universalidade têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Nesse caminho, o mínimo existencial é o direito de cada pessoa às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, o Estado não pode intervir, mas que exige prestações positivas do mesmo. Consiste, então, em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. Deve-se contextualizar os direitos fundamentais aos direitos humanos, isso significa ideia de liberdade em todos os sentidos no que tange aos princípios da igualdade, e acima de tudo da dignidade da pessoa humana na luta das garantias constitucionais na atualidade. Sarlet (2012, p. 60) comenta que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Isso se trata da existência humana digna, não se referindo apenas a aspectos físicos, mas também quanto aos aspectos intelectual e espiritual, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação, moradia, segurança e saúde. É necessário reconhecer certos direitos ligados à prestação das necessidades do indivíduo não somente na sua subsistência.

O Estado tem o dever de ser o guardião desses direitos e dá plenas condições de sua aplicação, na proteção ao cidadão em casos de injustiça. Mas na prática o Estado se depara com o direito garantido por lei, mas não tem interesse no pronto atendimento desse direito, em um conflito de interesses, que sempre são violados na busca da lei no caso da saúde, muitos pacientes chegam a óbito na esperança de ser atendido pelo Estado.

Cabe à Administração Pública, por meio do poder discricionário, fazer escolhas no tocante a concretizar o Mínimo Existencial de determinado direito fundamental, uma vez que estes são considerados pilares da existência humana digna, razão pela qual não podem ser esquecidos.

Com o repasse direto ao fundo municipal de saúde, ficou mais fácil a distribuição de recursos financeiros para as secretarias. Carvalho (2004, p. 724) argumenta que “a atividade financeira do Estado encontra no orçamento disciplina normativa que a delimita do ponto de vista da previsão da receita e fixação da despesa num determinado período”. O principal entrave do acesso a saúde e a efetivação do seu direito fundamental e social, é a falta de recursos financeiros alegados pelos agentes públicos, que impedem o verdadeiro exercício da cidadania.

#### 4.4 A garantia do mínimo existencial

A ideia de que todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos. Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, eles correspondem a imperativos da dignidade humana, e deveriam ser satisfeitos independentemente da situação econômica do país.

Todavia, como observaram os legisladores em inúmeros estudos específicos sobre o tema, a positivação do mínimo existencial em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a juridicidade desses direitos apresenta dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico jurídica.

De fato, como foi demonstrado, ainda existem doutrinadores que negam a possibilidade de exigir diretamente em juízo a realização do objeto constitucionalmente previsto nestas normas jusfundamentais seja em virtude de seu caráter aberto, carente de concretização (que bem poderia ser realizada pelo próprio estado), seja em virtude da concepção (hoje já demonstrada equivocada) de que particularmente estes direitos dependeriam de provisão econômica, e, portanto, não poderiam ser realizados sem a necessária intermediação do legislador, democraticamente eleito. Não poderia o Judiciário determinar seu cumprimento exclusivamente com fulcro nas normas constitucionais.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais foi ainda mais comprometida a partir da aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador acabou por ser ideologicamente comprometida, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos. A própria noção de escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de modo que a questão referente à disponibilidade muitas vezes não é apreciada em sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito.

A noção de mínimo existencial desenvolvida por muitos autores procurou apresentar soluções para estas questões. Entretanto, antes de se analisar de que forma o mínimo existencial pode servir como argumento em favor da exigibilidade judicial e efetividade dos direitos fundamentais sociais, há que se esclarecer o que ele

vem significar.

Ana Paula de Barcellos<sup>5</sup> buscou o significado do mínimo existencial nas teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, dois filósofos que desenvolveram teorias juspolíticas em oposição, o liberalismo de Rawls e o comunitarismo de Walzer. John Rawls propõe uma teoria de justiça como equidade, segundo a qual sugere um novo contrato social firmado pelos homens sob “um véu de ignorância”, ou seja, desconsiderando as especificidades de suas posições sociais, riqueza, status, profissão, etc.

Sob este véu, eles estabeleceriam as regras de convivência de modo que todos deveriam ter condições iguais de participar da vida em sociedade, garantida a inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível. Sua preocupação está voltada para a criação de condições procedimentais capazes de gerar um resultado social justo. Para ele, o mínimo existencial é o pressuposto de sua teoria do liberalismo político, na medida em que somente ele garante um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar um procedimento com equidade, segundo os parâmetros de uma justiça distributiva. Como observou Barcellos, esta justiça escolhida pelos indivíduos em seu estado de “ignorância” se rege por dois princípios:

(i) cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e posições abertas a todos em posição de igualdade eqüitativa de oportunidades.

Na teoria de Rawls, o primeiro princípio tem prevalência sobre o segundo, denominado princípio da diferença, e que se encontra ao arbítrio do legislador. O mínimo existencial acaba sendo posicionados pelo autor em um momento anterior a esses dois princípios, como condição pré-existente. Ocorre que este pensamento passou por uma evolução na teoria de Rawls, pois em sua obra *Liberalismo Político*, o mínimo existencial passa a ser situado dentro do princípio da diferença.

Como explica Barcellos (2002, p. 127)

---

<sup>5</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.*, p.15.



A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade eqüitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição eqüitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar este elemento fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção. Já na segunda fase, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus* em relação a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.

Assim, o mínimo existencial corresponderia a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo. Michael Walzer é um comunitarista que desenvolveu em sua obra *Spheres of Justice* uma noção relativista, na medida em que valeria, em cada sociedade, um dado conjunto de valores.

Neste sentido, não desenvolveu uma preocupação imediata com o mínimo existencial, já que as condições materiais de justiça seriam diferentes em cada sociedade, em cada cultura.

Em resposta às críticas recebidas em virtude do relativismo extremo, o autor escreveu *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, na qual concebe uma noção mínima (*thin*) de moralidade, ligada à dimensão universal do indivíduo, e uma noção máxima (*thick*), fruto dos conceitos culturais de cada sociedade. O mínimo existencial se relaciona a esta moralidade mínima, correspondendo ao conjunto de condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade. Essa moralidade mínima funcionaria como um limite ao poder deliberativo da sociedade.

Tanto Rawls quanto Walzer cuidaram do mínimo existencial de forma reflexa, a partir de suas teorizações referentes à filosofia política. É interessante fazer outra aproximação do tema, a partir da teoria jurídica propriamente dita, tal como foi abordado por Robert Alexy.

Dentro de sua teoria analítica jurídica, de direitos fundamentais como regras e princípios, Alexy concebeu o mínimo existencial como uma regra, oriunda da ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, de um lado, e os princípios da separação dos poderes (inclusive competência orçamentária), competência do legislador e limite oriundo de direitos fundamentais de terceiros.

Para tanto, desenvolve os seguintes argumentos: a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais, a proteção da dignidade humana); b) O conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada. A proporcionalidade entra para se evitar que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais. Assim “o mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana”

A noção de mínimo existencial foi muito difundida na Alemanha, especialmente após a II Guerra Mundial. Como observou Andréas J. Krell, praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um “mínimo social”. Este mínimo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física, direitos positivados na Lei Fundamental. A partir daí, a jurisprudência alemã tem defendido a existência da garantia a um mínimo vital.

Na doutrina brasileira, pode-se verificar algumas tentativas de definição de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade de cada ser humano. Para Antônio Carlos Wolkmer, o conceito de mínimo existencial passa pela teoria das necessidades humanas. Segundo o autor, não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos.

Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas. Observando as particularidades de países de terceiro mundo, como o Brasil, Wolkmer salienta a importância dos direitos fundamentais sociais, destacando a porção em que tocam as necessidades básicas do ser humano.

No cenário periférico do país, há de se convir que a tônica das reivindicações e das demandas, legitimadas pelos movimentos coletivos, pelas múltiplas classes populares e comunidades intermediárias, incidem em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Tais direitos, sem deixarem de refletir a dimensão personalizada e política, afirmam-se, sobretudo, como direitos materiais e sociais. Isso se deve à percepção de que os oprimidos, pobres e marginalizados socialmente se encontram às voltas com problemas básicos de sobrevivência, como a dificuldade de encontrar emprego, a exploração no trabalho, os baixos salários, a carestia, até a conservação da saúde, trata-se de direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível viver como gente, trabalho digno, remuneração suficiente, alimentação, roupa, saúde, condições infraestruturais, água, rede de esgoto, transporte público, luz, etc. educação, lazer, repouso, férias, etc.

Outra possibilidade de definição de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano a serem englobadas pela noção de mínimo existencial, segundo Florenzano (2005, p. 47) “está na sua relação com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

O referido padrão mínimo social para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia, o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país. A noção de mínimo vital a um núcleo irreduzível do princípio da dignidade humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade (liberdade de expressão, autonomia, etc.), bem como quatro elementos de ordem na prestação dos serviços, no caso, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso ao judiciário instrumental. A saúde básica nas últimas duas décadas se mostra bastante restrita, no que diz respeito àquilo que deve ser prestado pelo Estado segundo o sistema único de saúde.

Barcellos ( 2002, p.276) comenta:

[...] É claro que a definição de quais prestações de saúde compõe esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir *judicialmente* do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e. g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional.

Sarlet, apesar de não se referir diretamente à noção de “mínimo existencial” deixa transparecer em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* a essencialidade de algumas prestações materiais previstas nos direitos fundamentais ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à moradia, o que tornaria referidos direitos prontamente exigíveis do Judiciário.

Segundo o autor, “há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”. Em texto publicado na Revista de Direito Público (on line), o autor ofereceu como parâmetro para a identificação do mínimo existencial, além do direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente

em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade real de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.

O mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível. As condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Este mínimo está relacionado à dimensão essencial e inalienável da dignidade de todo ser humano, sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder além de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Como se pode perceber, variam na doutrina as tentativas de definição do que seria o mínimo existencial. E esta variação decorre precisamente da concepção até certo ponto subjetiva de cada legislador daquilo que venha a corresponder às necessidades vitais de cada ser humano, sendo que alguns apresentam uma visão mais alargada deste mínimo, e outros, uma visão mais estreita.

Esta discussão mereceria enveredar por caminhos filosóficos de maior profundidade, pois ao tema se relaciona a profícua discussão travada entre comunitaristas e universalistas acerca da possibilidade de definição de um padrão de direitos humanos. A matéria, entretanto, foge aos limites do presente estudo. A principal preocupação deste tópico é compreender a relação entre a categoria jurídica do mínimo existencial, e os direitos fundamentais sociais, a fim de determinar sua influência na atuação da reserva do possível como limite eficáciais das normas jusfundamentais.

Para tanto, basta ter em mente que, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem em contraposição à ideia de coisificação do homem estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

#### 4.5 O mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais

A noção de mínimo existencial está relacionada com a nova dogmática do direito constitucional, cujo foco está voltado para a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Nestes termos, como já observado, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo, na sua esfera jurídica subjetiva, direitos correspondentes às necessidades básicas de todo homem, como saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos relacionados à sua dignidade social, como a educação, os direitos de natureza trabalhista, dentre outros. Todos estes direitos, em maior ou menor grau, relacionam-se com a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe uma materialidade concreta e específica.

Esta relação entre direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana é um dos fatores que confere fundamentalidade material a estes direitos, analisados no segundo capítulo da pesquisa com o título direito à saúde. No mesmo sentido, para alguns autores, a fundamentalidade material dos direitos sociais também se refere ao mínimo existencial. Segundo Alexy (1997, p. 61) “um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial.

No caso específico dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, parece não haver razão para se negar sua fundamentalidade se não estiverem diretamente ligados à noção de mínimo existencial, como o direito de greve, por exemplo. A fundamentalidade formal destes direitos é inegável e decorre do próprio texto constitucional.

Já sua fundamentalidade material decorre do conjunto de princípios e valores que informam a Constituição. Logo, o mínimo existencial não pode ser tratado como um parâmetro de fundamentalidade dos direitos sociais. Sua importância, entretanto, subjaz na argumentação que se pode acrescer ao discurso de efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando esta é confrontada pela reserva do possível. Na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido frequentemente referido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, noção que gera

importantes repercussões para sua subjetividade, ou seja, para a dimensão de exigibilidade das prestações materiais neles previstas perante o Judiciário.

Entretanto, é preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Logo, é preciso deixar claro que se trata de duas categorias distintas núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial, mas que podem ter características e aplicação semelhantes.

O núcleo essencial corresponde à porção característica do direito depois de ponderados os princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto.

Nestas condições, muitos doutrinadores têm apresentado o mínimo existencial como esta porção essencial do direito fundamental social, sendo que aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade.

Esta identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial pode ser observada no entendimento manifestado por Barcellos (2002, p.23) segundo o qual o mínimo existencial corresponde a um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* minimizando o problema dos custos, e *mais preciso* procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado”. No mesmo sentido, Canotilho (2001) reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito.

A mesma noção nuclear dos direitos fundamentais sociais também é defendida por Sarlet (2006, p. 37).

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

A partir deste entendimento, é possível verificar que o núcleo essencial do direito fundamental social, quando relacionado ao mínimo existencial, acaba por gerar uma carga especial de subjetividade, diretamente a partir da norma constitucional, sem qualquer necessidade de intervenção do legislador.

Clève (2003, p. 17- 29) também defende esta posição:

[...] referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem embora limitadas. São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência. Ou seja, as prestações do poder público decorrente do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual, pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a



questão. O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.

Apesar de ter reconhecido como válida a tentativa de definir um mínimo existencial relacionado aos direitos fundamentais sociais, como proposta de conferir a estes direitos uma maior certeza e exigibilidade, mantém algumas divergências em relação a este entendimento que merecem ser abordadas.

Segundo Amaral ( 2015, p. 213)

[...] a distinção entre um mínimo existencial exigível dos direitos fundamentais sociais e o âmbito normativo externo a este mínimo, não diretamente exigível, encerra uma séria dificuldade: “a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia, e variável histórica e geograficamente”. Assim, “haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o ‘não mínimo’”. Na medida em que se defende que este mínimo somente pode ser obtido mediante a ponderação, observa o autor que se estaria atribuindo uma estrutura binária “exigível x não exigível” a observações graduais, o que seria impossível. Na visão de Gustavo Amaral, “o resultado desse confronto (...) parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o achismo”.

Além disso, importa deixar consignado que o mínimo existencial não parece ser parâmetro jurídico adequado para definir a exigibilidade de um direito fundamental social. A partir da teoria dos princípios, todo direito fundamental social é exigível *prima facie*. Entretanto, alguns autores veem no mínimo existencial uma condição de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais diretamente a partir das normas constitucionais, ou seja, sem a necessidade da intervenção conformadora do legislador.

Andrade (2000, p. 68) comenta

No caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão ser atualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui indispensável o juízo autónomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade. Só em casos excepcionais e mais uma vez com referência ao conteúdo mínimo dos preceitos poderia eventualmente pensar-se em retirar diretamente da Constituição um direito determinado: julgamos que isso só seria admissível em situações de necessidade ou injustiça extremas, de tal modo que, a verificarem-se, permitissem configurar este recurso como uma válvula de segurança da ordem jurídico-constitucional.

Como se pode observar, o autor chega a o propor uma verdadeira redução dos direitos fundamentais sociais, de modo que somente poderiam ser reconhecidos como autênticos direitos fundamentais aqueles que preenchessem determinados requisitos. Dentre estes requisitos, o autor enumera a vinculação dos direitos ao mínimo existencial os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais stricto sensu, no caso, o direito a educação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os gastos com a saúde pública devem ser mais bem repensados e planejados pelo Estado, evitando assim o fenômeno da judicialização. Não se pode gerar prejuízos aos cidadãos que pagam altos impostos, como também o Estado não deve desestruturar o seu orçamento, como já descrevi estamos em um momento delicado onde a corrupção está instalada em todos os setores da sociedade.

Assim, o princípio da reserva do possível, é uma limitação do Estado ao cumprimento da lei em caso de se recorrer à justiça no acesso aos tratamentos de saúde de alto custo ante as condições socioeconômicas dos indivíduos na procura do mesmo. É importante observar que os recursos financeiros que são gerados no Estado são oriundos de tributos.

Por outro lado, a reserva do possível impõe ao aplicador do direito um cuidado especial com a dimensão de realidade das normas jurídicas, seja na análise da presença dos pressupostos de fato necessários à sua aplicação, seja na verificação das consequências jurídicas inerentes à determinação de cumprimento das obrigações previstas nestas normas.

A realização dos direitos fundamentais sociais, sejam aqueles previstos na Carta Magna dos artigos 6º e 7º, sejam os dispersos no texto constitucional, entendidos enquanto direitos cuja estrutura deontológica obriga seu destinatário ao cumprimento de uma prestação material, inicia-se pela conscientização acerca de sua fundamentalidade formal e material, a qual vincula todos os poderes constituídos. Trata-se de normas de especial hierarquia no ordenamento jurídico, cujo conteúdo expressa valores de cunho sociais especialmente relacionados com a dignidade da pessoa humana, sem, contudo, restringir-se a ela.

A aplicação destas normas aos casos concretos se verifica com maior efetividade se enquadrada em uma concepção aberta de regras e princípios, podendo uma mesma norma jusfundamental configurar um princípio, a gerar um direito subjetivo *prima facie*, ou uma regra, determinando de forma definitiva o cumprimento da obrigação que perfaz seu objeto, após a ponderação com princípios, bens jurídicos ou direitos contrapostos.

Em virtude de seu caráter principiológico, as normas de direitos fundamentais sociais podem sofrer restrições, compreendidas como toda conduta praticada pelos poderes públicos jurídicos normativos ou não que afete desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, reduzindo, mitigando ou mesmo exonerando a responsabilidade destes poderes para com sua realização.

Estas restrições, enquanto elementos externos à norma jusfundamental, devem obedecer aos parâmetros traçados pela própria Constituição, dentre os quais se ressalta a proporcionalidade. No caso específico dos direitos fundamentais sociais, esta assume o caráter de proibição da insuficiência, ou seja, proibição da prestação desproporcionalmente insuficiente para a satisfação da norma jurídica ponderada os princípios, bens jurídicos e interesses em contrário, devendo respeitar o núcleo essencial aferível em cada situação concreta.

Neste particular, verifica-se a forte influência exercida pela doutrina neoliberal, que pregando um Estado mínimo e gerando a ilusão de que apenas os direitos fundamentais sociais oneram o orçamento, procura enfraquecer o dirigismo constitucional. Assim o estado estabelece o mínimo existencial baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em entrevista com uma autora de um processo de judicialização da saúde, ela informou que sua mãe entrou em coma após um acidente vascular cerebral, foi internada numa UTI, e após uma avaliação do neurocirurgião, este informou que poderia reverter o caso da paciente com a realização de uma cirurgia que o seu plano de saúde não cobria, porém caso ela judicializasse ela facilmente conseguiria e já tinha um advogado para dar entrada no processo, feito isso, conseguiu uma medida cautelar e médico fez a cirurgia, depois com mais calma a Senhora procurou um outro neurocirurgião para avaliar a sua mãe que de pronto informou para a senhora que ela deveria deixar sua mãe descansar em paz, ou seja, o primeiro médico fez a cirurgia numa pessoa clinicamente em óbito caracterizando uma fraude.

Cerca de 80% dos processos de judicialização da saúde é concedido medida cautelar em favor do requerente, sem uma maior comprovação técnica, como foi o exemplo acima descrito, isso faz com que um sistema que já possui sérios problemas, entre num círculo vicioso que caso não seja quebrado, num futuro próximo tornará o sistema de saúde público do Brasil, falido.

Concluindo podemos dizer que “ A judicialização da saúde no Brasil é o fim de um processo mal elaborado”.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito da saúde no Brasil.** São Paulo: Quartier Latim, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** Rio de Janeiro: 25. ed. Editora Método, 2017.

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes**, In Paulo Lobo Torres (Orgs) Teoria dos direitos fundamentais. 8ª ed, rev atual, Rio de Janeiro, Renovar. 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. **Constituição.** 4. ed. Coimbra, Almedina, Portugal 2001.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática.** RTV, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais** . In Revista Critica Jurídica, nº 22, julho, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e**

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. **Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar.** In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, 2005, p. 47.

FRANCO, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MENDES, E. V. **A modelagem das redes de atenção à saúde**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RRT, 2006.

PARANHOS, Vinícius L. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. Meritum, v. 2. n.1. Belo Horizonte, 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Belo Horizonte: Del Rey, Minas Gerais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: [http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_1.4\\_2006\\_1-22/127](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.4_2006_1-22/127). Acesso em: 05 de junho de 2018.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. In: **Physis**: Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010.