

Mínimo Existencial e Reserva do Possível como Retrocessos à Justiça Sanitária

Autoria: Jarbas Ricardo Almeida Cunha, Ana Cláudia Farranha

Resumo: Este artigo analisa as teorias doutrinárias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetividade da Justiça em relação ao direito à saúde no Brasil. Utiliza-se a metodologia de revisão de literatura de tipo narrativa para demonstrar o caminho da construção intelectual de ambas as teorias, desde o surgimento no direito constitucional alemão até sua aplicação no constitucionalismo brasileiro com os específicos impactos no Direito Sanitário em nossa realidade.

Palavras-chave: Mínimo Existencial, Reserva do Possível, Justiça Sanitária, Direito à Saúde.

Introdução

Abordaremos neste artigo o percurso intelectual das teorias doutrinárias do mínimo existencial e da reserva do possível, desde seu advento no direito constitucional alemão por meio da interpretação da Lei Fundamental de Bonn, até sua aplicação no direito constitucional brasileiro e seus reflexos na efetividade da Justiça, especificamente no que se refere à aplicação do direito à saúde no Brasil.

Para desenvolvermos nossa análise realizaremos uma revisão bibliográfica sobre a temática proposta com a utilização de artigos, livros, teses e sítios eletrônicos, utilizando a metodologia de revisão de literatura de tipo narrativa (ROTHER, 2007) que consiste em relatar publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o ‘estado da arte’ de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual.

Do Mínimo Existencial

A Construção do Conceito do Mínimo Existencial

O mínimo existencial - também conhecido como “conteúdo mínimo”, “mínimo vital”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais surgiu da cultura jurídica alemã na segunda metade do século XX. No país germânico esse conceito é desenvolvido e ratificado não só no âmbito jurídico, mas também no legislativo e administrativo, tornando-se uma referência tanto na solução de litígios quanto na gestão de políticas públicas, influenciando sua cultura institucional.

As teses doutrinárias sobre o mínimo existencial foram criadas na Alemanha especificamente porque a Lei Fundamental de Bonn (Constituição) - *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* - de 1949, inicialmente, não sistematizava em seu bojo um direito social de direta obrigação estatal de cunho prestacional e, dessa maneira, a discussão em torno da garantia de pelo menos um mínimo indispensável para uma existência digna ocupou um papel preponderante em relação à interpretação da conjuntura normativa constitucional à época, já que havia um vácuo no teor explícito de seu texto.

Como enfatizado por Krell (2002), o Tribunal Constitucional alemão lastreou a construção do mínimo existencial em dois elementos concordantes e fundamentadores de

uma interpretação hermenêutica progressista no direito atual: o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida em sua completude, ou seja, na sua integridade física e mental.

Enquanto o primeiro - princípio da dignidade da pessoa humana - estava inserido de modo normativo na Lei Fundamental de Bonn, especificamente em seu artigo 1º, inciso I; o segundo – direito à vida em sua completa integridade – inseria-se no artigo 20, inciso I da mesma Carta Constitucional.

Sendo assim, a Corte Suprema alemã determinou a vinculação a um auxílio social (*Sozialhilfe*), com base em uma interpretação constitucional prospectiva, estipulando que o Estado, de forma obrigatória, oferecesse uma contribuição social a quem comprovasse ser hipossuficiente, preenchendo, dessa forma, o vazio deixado pelo texto constitucional no que se refere aos direitos sociais, influenciando a jurisprudência e a doutrina não somente de seu país, como de outras regiões do ocidente.

Portanto, segundo Krell (2002), a tese do mínimo existencial foi uma espécie de “*mea culpa*” da Carta de Bonn, já que esta negligenciava qualquer tipo de direito social tendo que encontrar um instrumento jurídico capaz de restituir esse vazio de dignidade humana.

Pouco depois, logo após a Segunda Guerra Mundial, Bachof (1954) ratificou a construção argumentativa sobre o mínimo existencial em que aliava o direito civil e político ao direito social. Sustentava que o mínimo existencial, subsumido à dignidade humana, não estaria resumido apenas à questão da liberdade, mas, principalmente, a um mínimo de segurança social como saúde, educação e moradia.

Desse modo, na década de 1970, o Tribunal alemão profere uma decisão em que afirma que um dos deveres inquestionáveis do Estado é a assistência aos necessitados, devendo-lhes garantir “o mínimo”, ou seja, condições básicas para uma existência humana digna. Dessa forma, consagrou-se pela primeira vez um direito fundamental a um mínimo existencial embalado pelos sólidos desempenhos econômicos do Estado do Bem Estar Social alemão à época.

No Brasil, esse debate é muito recente, ganhando força na última década e ainda se encontrando em permanente construção doutrinária. Juristas como Torres (2009), Barcellos (2012) e Sarlet (2015) têm contribuído com novos enfoques sobre o tema.

De acordo com Torres (2009), as características centrais do mínimo existencial se coadunam sobremaneira com os denominados direitos da liberdade: sua condição de pré-constitucionalidade, pois é inerente à pessoa humana independente da formação de uma Constituição; é direito público subjetivo de qualquer cidadão, fortalecendo a interpretação de que o mínimo existencial é que influencia a ordem jurídica e não o seu contrário, apresenta validade *erga omnes*, ou seja, tem consequências, sejam estas diretas ou indiretas, para toda a coletividade, como no exemplo de uma justificativa de estado de necessidade e, por último, apresenta-se imbuído de historicidade, vale dizer, variando de acordo com o contexto social e econômico e a identidade territorial que deseja abarcar.

Já Barcellos (2012) advoga que o mínimo existencial deve preceder o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado ofertar para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico, já que a efetivação do mínimo é condição *sine qua non* para a classificação de um ser digno ou indigno perante as características do ambiente em que reside. A autora ainda enumera como seria constituído este mínimo existencial: *saúde básica*, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo.

Sarlet (2015) está de acordo com as construções conceituais anteriores, porém destaca a restrição desse conceito alertando que não se pode quantificá-lo de forma única e definitiva, pois o mínimo existencial varia conforme o lugar, tempo, padrão

socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades, que no caso da interpretação dada por esse autor, podem se confundir com desejos e aspirações individuais.

Sarlet (2012) completa seu raciocínio ao elucidar como se daria a definição desse mínimo existencial tendo como referência o papel dos legisladores e dos juízes: cabendo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, entre outros aspectos a serem considerados e aos tribunais caberiam decidir sobre este núcleo existencial mínimo, mas apenas em casos de omissão ou desvio de finalidade por parte do sistema legiferante.

A conclusão a que chegam esses juristas é que em um país com tamanha desigualdade social como o Brasil, não existem elementos concretos que possam efetivar todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, embora concordem que há uma contradição nesse tipo de argumentação, pois a erradicação da total desigualdade é um dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, de acordo com a Constituição Federal.

Assim, segundo os citados autores, em uma conjuntura em que nem todos os direitos fundamentais são respeitados, a teoria do mínimo existencial permite racionalizar as supostas escassez e má gestão/má distribuição dos recursos orçamentários, sendo de fundamental importância para a atuação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para garantir aos cidadãos mais necessitados um direito de cidadania, ou seja, um mínimo necessário para que possam existir de forma digna.

Mas veremos que, em relação ao direito à saúde, essa interpretação positiva e benevolente por parte dos doutrinadores sobre o mínimo existencial pode sinalizar um retrocesso sanitário em relação ao que foi instituído pela nossa Constituição a respeito dos objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário

Depois de analisar sucintamente a construção do mínimo existencial, desde sua origem na Alemanha até sua chegada ao Brasil, direciona-se, a partir deste ponto, uma explanação com a incumbência de comprovar como o conceito de mínimo existencial foi construído tendo o intuito, consciente ou não, de retroceder as conquistas abarcadas nos direitos sociais de nossa Constituição.

Inicialmente, devemos ter muita acuidade ao transferir a doutrina do mínimo existencial da Alemanha para o nosso direito pátrio. Essa transferência não pode ocorrer de forma mecânica, sem atentar para duas observações fundamentais: a primeira, em relação à diferença de conteúdo das Constituições germânicas e brasileiras; a segunda, referente à distância social, formação política e econômica que separa a realidade desses países.

Destarte, no caso do Brasil, a construção doutrinária de um mínimo de provimentos, sejam estes materiais ou não, seria um retrocesso constitucional, pois o que seria válido e eficaz em nossa realidade seria a concretização do rol dos direitos sociais do texto constitucional, direitos estes encadeados e interligados por um lastro de núcleo central estrutural e não residual, resultado de lutas e demandas dos movimentos sociais organizados e não um mínimo que, ao mesmo tempo que é limitado, também limita, não somente o texto constitucional no que ele de fato poderia ser, como também a coletividade de cidadãos em seus direitos mais elementares para a formação de uma vida digna. Dessa maneira, a tese sobre o mínimo existencial é deslocada e contraproducente em nosso país, retrocedendo conquistas constitucionais.

E, complementando, a Alemanha, assim como os países centrais da Europa (França, Inglaterra, Itália), goza de uma tradição de um Estado Social ainda atuante, apesar de restrições sofridas, podendo o país germânico se dar ao luxo de não sistematizar constitucionalmente direitos sociais. Já o Brasil, país de imensa desigualdade social, não pode confiar sua esperança de ratificação dos direitos sociais a uma espécie de mínimo vital, devendo perseguir, intermitentemente, os direitos fundamentais sociais de nossa Constituição em sua completude.

Como relata Krell (2002) não se trata de analisar a Constituição como um texto bíblico, beirando o messianismo, mas apenas exigir que o Estado brasileiro – e Estado no sentido mais lato possível: executivo, legislativo, judiciário, conselhos populares – leve a sério os mandamentos constitucionais já que a Constituição, no dizer de Bonavides (2017) não é somente um texto normativo mas um projeto de nação.

Também há a ressalva trazida por Netto (2010) ao questionar a ausência de parâmetros para definir o que seria o mínimo existencial em nosso país e sobre quem deveria delimitar e dar eficácia a essa doutrina, destacando que não há contornos definidos para a tomada de decisão e ação no plano concreto, seja numa lei, na gestão pública ou em uma decisão judicial, demonstrando certa fragilidade na questão prático-conceitual e, conseqüentemente, institucional.

Sobre a especificidade do direito à saúde, o mínimo existencial está sendo desenvolvido com o claro intuito de restringi-lo somente à saúde básica, como vimos na definição de Barcellos (2012). Também serve para legitimar projetos de lei que almejam restringir ou excluir o direito à saúde da Constituição, principalmente de seu art. 196 que sustenta a universalidade e integralidade do direito à saúde, demonstrando, dessa forma, um explícito retrocesso social.

O fenômeno da judicialização da saúde – que vem a ser a luta constante dos cidadãos pelo efetivo cumprimento da Constituição - vem sofrendo críticas de ranço conservador legitimadas pela doutrina do mínimo existencial. Não há respeito à lógica sanitária constitucional – principalmente à estrutura normativa do SUS nos arts. 196 a 200 – caso o juiz justifique sua negativa de atendimento ao paciente que recorra à justiça com base no argumento do mínimo existencial, pois em praticamente todas essas situações está se relacionando com o delicado tema do direito inalienável à vida e à dignidade da pessoa humana, que não corresponde a um certo “mínimo vital”, pois para a manutenção da vida deve-se atentar para o máximo de atendimento e tratamento, respeitando os objetivos e diretrizes do Sistema, principalmente o princípio da integralidade.

Amaral (2010) e Netto (2010) ratificam essa análise ao destacar que o Estado-Juiz, no caso de judicialização da saúde, não deveria considerar nem mesmo se o requerente está provido de recursos financeiros para custear o tratamento/medicamento requerido pois a maior parte dos gastos, por exemplo, com medicamentos concedidos pelo Poder Judiciário, vai para aquisição de insumos de altíssimo custo (alta complexidade); e com o agravante de não haver fornecimento de produtos e insumos de alto custo pelos planos privados de saúde, mesmo com uma série de isenções e desonerações que o Governo presenteia esses grupos empresários do ramo sanitário.

Vimos, portanto, que o denominado mínimo existencial tem como principal escopo retroceder os direitos sociais à categoria de um direito natural, um mínimo de cidadania que não condiz com a natureza preceptiva de nossa Constituição.

Assim, pela orientação hermenêutica progressista de nossas normas constitucionais, interpretamos com base no princípio da proibição do retrocesso social, buscando a anulação da doutrina do mínimo existencial com o argumento de que não

podemos voltar a um estágio antiquado em que só havia a consolidação formal de direitos que representavam “migalhas de cidadania”.

Mínimo Existencial x Básico Social

Para além do positivismo jurídico, ousa-se também analisar o conceito de mínimo existencial comparando-o e, ao mesmo tempo, contrapondo-o com o conceito de básico social, ou seja, em uma análise para além do direito. Pereira (2011) destaca que não se pode confundir os termos mínimo e básico, apesar de sua quase irmandade semântica, são bastante diferentes em termos político-sociais.

Segundo a autora mencionada, o conceito de mínimo exige uma proteção por baixo, rasteira, somente se atentando às necessidades biológicas para a pura e simples sobrevivência, sem se preocupar com o desenvolvimento físico e mental do ser humano para que alcance percepção crítica sobre seu lugar e posicionamento perante o mundo; enquanto o conceito de básico deve ser algo fundamental, para além de uma satisfação simplista, que dê oportunidades de fato para que o ser humano se reconheça como tal, no completo bem-estar de sua saúde física, concomitante com um grau subjetivo de autonomia cidadã, refletindo sobre seus objetivos e crenças.

Pereira (2011), ao nos apresentar a construção intelectual do mínimo, só ratifica a perspectiva de retrocesso incluída nesse conceito. A autora inicia trazendo as contribuições do representante da Escola Austríaca de Economia, Friedrich Hayek, em defesa de um mínimo de renda somente para pessoas que não apresentem condições para participação no mercado de trabalho: enfermas, pessoas física e mentalmente incapazes, viúvas e órfãos.

Hayek (2010) defende um mínimo como dever moral e não cívico, uma mínima rede de segurança para amenizar a pobreza extrema, numa conceituação de dimensão biológica ou mero alívio para necessidades animais. A defesa de um mínimo para Hayek (2010) engloba uma série de ações no campo da micro e macroeconomia: a defesa de um Estado Mínimo, políticas assistencialistas com conteúdo focalizado, atuação do mercado em políticas públicas estratégicas, preferindo até mesmo uma ditadura liberal frente a uma democracia que não cumpra com os ideários de sua doutrina.

O segundo autor apresentado por Pereira (2011) é o filósofo político John Rawls, que apresenta a defesa de um mínimo efetivado pelo Estado para os mais pobres (de acordo com um corte de renda estabelecido) para equacionar os desequilíbrios propiciados pelo mercado. Defende uma ordem léxica em que se pressupõe que o princípio da liberdade e oportunidade esteja à frente do princípio da igualdade, demonstrando pouca preocupação com a questão da igualdade material, fortalecendo, ao contrário, a igualdade formal, em que a *lex mercatoria* estaria acima de qualquer princípio distributivo.

Portanto, o conceito de mínimo seria próximo de um mínimo de subsistência, resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema, uma política assistencialista conjuntural, que legitima as desigualdades sociais e a concentração de renda numa sociedade dividida em classes e setores desprovidos de um apoio material sólido e constante.

Para contrapor a doutrina do mínimo existencial surge o conceito de básico social, demonstrado por Pereira (2011), tendo como lastro argumentativo a tese de Doyal e Gough (2010), que conceitua o básico como uma política em movimento rumo ao alargamento social de direitos, numa integralidade e junção com as três gerações do direito: liberal, social e difuso e não somente com políticas assistencialistas e focalizadas.

Os programas, na conceituação do básico social, devem estar encadeados e integrados, complementando-se mutuamente, no caso da saúde pública brasileira, por exemplo, o programa Estratégia Saúde da Família (ESF) deve ser efetivado juntamente com a vigilância sanitária, saneamento básico, assistência, prevenção, entre outros, objetivando a reorganização integral da atenção básica em nosso país.

Para Pereira (2011), o básico social deve conter duas características imprescindíveis: ser objetivo e universal. Ser objetivo no sentido de que sua especificação teórica e empírica deva ser independente de preferências ou desejos pessoais; e universal no que se refere às consequências do não cumprimento de um bem estar à coletividade, proporcionando sérios prejuízos decorrentes de sua não satisfação adequada, em qualquer pessoa em qualquer parte do mundo e em qualquer cultura.

Doyal e Gough (2010) destacam que as necessidades humanas básicas objetivas e universais são a *saúde física e a autonomia*, que devem ser efetivadas por meio de uma política pública atuante, de modo conjunto. Ambas são pressupostos iniciais para uma vida digna, não se resumindo como um fim em si mesmas. A saúde física seria como um axioma para o desfrute da vida, sendo uma necessidade humana primária, que tem como indicadores básicos a taxa de mortalidade e a expectativa de vida. A saúde física é como um lastro para o alcance da autonomia, esta seria a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e de pô-los em prática sem opressões, não somente no sentido de se fazer ciente de sua posição como indivíduo mas, principalmente, como pertencente a uma coletividade, respeitando regras e valores que devem ser construídos de forma democrática e participativa.

Portanto, a doutrina do básico social se diferencia da doutrina do mínimo existencial no sentido de que se consolida como uma política estrutural, exigindo reformas de base, como a efetivação de uma reforma sanitária com base em nossa Constituição, política de Estado e não de Governo, com total afinidade com os ditames constitucionais. No caso do direito sanitário, isso significa a luta pela concretização dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam a universalidade, integralidade, equidade, de acordo com a implementação de políticas sociais e econômicas com o fim de ratificar objetiva e subjetivamente a saúde pública brasileira.

Dessa forma, destacamos que a difundida doutrina do mínimo existencial restringe e limita a efetividade da Justiça na prestação do direito à saúde de acordo com o SUS Constitucional, não cabendo sua interpretação para a efetivação do Direito Sanitário brasileiro em toda sua integralidade e propomos, ao mesmo tempo, a defesa da doutrina do básico social sanitário.

Da Reserva do Possível

A Construção do Conceito da Reserva do Possível

A doutrina da reserva do possível também deve a sua origem à Alemanha, especificamente à sua Corte Constitucional Federal na década de 1970 no intuito de se tentar um contraponto ao considerado excesso de gastos do Estado do Bem Estar Social. Tudo começou com um julgado do Tribunal Constitucional alemão referente ao acesso, pelos estudantes, às vagas das universidades públicas – “*numerus-clausus Entscheidung*”, baseado no artigo 12, § 1º da Constituição: “Alle deutschen haben das recht, beruf, asbeitsplatz und ausbildungsstätte frei zu wählen” que podemos traduzir por “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação” (DEUTSCHLAND, 2017).

Resumindo, a Corte apreciou um caso no qual uma ação judicial tinha como escopo permitir a certo estudante cursar o ensino superior público, no caso específico, a Faculdade de Medicina. Tal ação se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã - Lei Fundamental de Bonn - que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.

Na decisão proferida pelo Tribunal ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um determinado interesse, ou a execução de uma prestação específica em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade e proporcionalidade; e a decisão completava o julgado relatando que os sujeitos à reserva do possível devem sopesar a racionalidade de cada caso concreto, refletindo sobre o aspecto econômico do Estado. (KRELL, 2002).

Ou seja, essa conclusão poderia colocar um empecilho a qualquer pretensão acima de um patamar considerado logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual o Tribunal decidiu, neste caso específico, que o Poder Público não estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas. Esse caso teve grande repercussão social e acabou incidindo sobre casos semelhantes.

A doutrina da reserva do possível foi se desenvolvendo na Europa até seu advento no âmbito jurídico brasileiro evoluindo de uma maneira mais sistematizada a partir dos anos 2000, juntamente com a doutrina do mínimo existencial.

No Brasil, os mesmos doutrinadores que se debruçaram sobre o instituto do mínimo existencial também se prontificaram a estudar com mais afinco a reserva do possível. Barcellos (2012) relata que o advento da reserva do possível é concernente ao debate sobre a limitação dos recursos disponíveis frente às numerosas necessidades da população, principalmente em relação às requisições de atendimento à saúde, especificamente em relação aos altos custos dos medicamentos. A autora atenta para o fato de que há um limite orçamentário e que, conseqüentemente, poderia ocasionar uma frustração para a população ao constatar que o Estado não teria recursos suficientes para as infinitas necessidades de seus cidadãos.

Sarlet (2015) define a doutrina da reserva do possível apresentando como base conceitual três características principais: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e; c) a proporcionalidade na prestação.

Sobre a disponibilidade fática de recursos, a reserva do possível é interpretada para legitimar a ausência total de recursos para a realização de direitos prestacionais, a observação a ser registrada é que essa ausência de recursos deve ser comprovada, não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador. Destaca-se que a ausência de recursos não se restringe somente aos recursos financeiros, mas também aos recursos humanos ou materiais como, por exemplo, a falta de médicos e de leitos em hospitais.

Sobre a segunda característica da reserva do possível – disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos – afirma-se que há recursos existentes, porém não estão disponíveis e não podem ser utilizados, é o caso, portanto, da problemática ligada à autonomia jurídica de disposição, já que o Estado deve ter a capacidade jurídica - poder de dispor - sem o qual nada lhe adiantam os recursos existentes, assim, a peça orçamentária não possui caráter vinculante para o administrador, com exceção do remanejamento de verbas – que deve ser plenamente justificado - previsto na própria lei orçamentária.

Sobre a terceira e última característica da reserva do possível – proporcionalidade na prestação – interpreta-se no sentido de analisar cada caso concreto com todas as suas nuances de cunho político, jurídico e econômico, já que a doutrina da reserva do possível apresenta uma forma dialética em relação à prestação de direitos fundamentais sociais: pode ser apresentada como um limite fático e jurídico, como vimos acima; mas, ao mesmo tempo, apresenta-se como uma garantia de efetivação dos direitos relatados caso seja considerado o núcleo essencial mínimo desses direitos, o que, em ambos os casos, pode transparecer a ideia de retrocesso, já que os limites gerados, seja numa interpretação ampla sobre o tema, seja demonstrando critérios como proporcionalidade, poderão restringir ou limitar a efetivação de direitos sociais, como o direito à saúde.

No Brasil, a interpretação da doutrina da reserva do possível foi mais dura e restritiva do que a desenvolvida por seus defensores em seu país de origem (Alemanha), pois a tripartição conceitual supramencionada se diferencia do conceito original germânico em relação à segunda característica descrita - “disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos” - que significa que, antes de serem garantidos os direitos sociais, deve-se observar a disposição orçamentária específica, priorizando o orçamento a esses respectivos direitos.

Portanto, a leitura que se propõe a fazer no Brasil é que só se podem efetivar direitos na medida do possível, pois o Estado, supostamente, não tem recursos para além dessa escassa possibilidade financeira. Ao limitar a amplitude de direitos sociais aos cidadãos, se incorre, fatalmente, em uma restrição desses direitos, havendo, portanto, um claro retrocesso.

A Reserva do Possível como Retrocesso Sanitário

Assim como a doutrina do mínimo existencial, a doutrina da reserva do possível não pode ser aplicada em nossa realidade, como destaca Krell (2002), caso os doutrinadores ou operadores do Direito alemão se confrontassem com o quadro socioeconômico de exclusão social do Brasil e, conseqüentemente, com a ausência de condições mínimas para o usufruto de uma existência digna, passariam a exigir a atuação do Poder Judiciário para, juntamente com outros órgãos institucionais da República, tentar amenizar as desigualdades sociais existentes.

Krell (2002) ainda destaca que se as condições para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais se resumirem a existência de recursos financeiros nos caixas de governos, a eficácia em torno dessa efetivação se aproximará de zero, realçando que não se devem colocar os direitos sociais abaixo das condicionantes econômicas, sob o risco de relativizar a universalidade desses direitos, podendo ocasionar uma crise do incipiente Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, que ainda está em via de consolidação, não sendo produtivo comparar com uma economia central do continente europeu, com outro tipo de formação cultural e institucional.

E mesmo com os avanços conjunturais nos últimos anos, representados principalmente por políticas de transferência de renda, não há mudança estrutural efetivada no Brasil, o qual ainda figura entre os países líderes de estatísticas de concentração de renda e de população sobrevivendo abaixo da linha de pobreza, tal situação sinaliza que devemos exigir que os direitos sociais sejam retirados da condição de reféns do condicionamento provocado propositadamente pela justificativa da doutrina da reserva do possível.

Ainda podemos destacar, em relação à conceituação sobre a doutrina da reserva do possível, que esta é fracionada em dois tipos: reserva do possível fática e jurídica. O

primeiro se caracteriza a um contingenciamento financeiro, a que se encontram submetidos os direitos prestacionais; e o segundo diz respeito à ausência de previsão orçamentária que destine os recursos à consecução de um determinado interesse ou requerimento de uma determinada demanda.

Sobre a reserva do possível fática há também crítica sobre a ausência de critérios que possam balizá-la, correndo o risco de se tornar uma ficção conceitual, como relata Souza (2009, p.4000):

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furta à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la (2009, p.4000).

Farena (1997) destaca o risco de se colocar como pressuposto básico para a efetivação dos direitos sociais a quantidade de recursos suficientes do Estado, podendo representar um retrocesso social que imobilize as pretensões contidas em nossa Carta Magna:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; **é preciso demonstrá-la**. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais (1997, p.13-14) (grifo nosso).

Em relação a uma espécie de AI-5 econômico, citado por Farena (1997), nada mais atual do que a análise da aprovação e sanção da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que instituiu a possibilidade de congelamento real do financiamento nas políticas públicas sociais, especialmente na política pública de saúde, o que o Governo denomina de Novo Regime Fiscal (NRF). Este, segundo Vieira e Benevides (2016) retirará do SUS em torno de R\$ 400 bilhões de reais em 20 anos caso seja considerado o crescimento anual do Produto Interno Bruto – PIB a 2,0% e a taxa de variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) em 4,5%. A EC 95/2016, dessa forma, será a cabal consolidação da vitória doutrinária da reserva do financeiramente possível sobre o SUS Constitucional brasileiro, afirmando um considerável retrocesso sanitário na efetividade da Justiça sanitária.

Já sobre a reserva do possível jurídica, a crítica é sustentada pela defesa de um maior protagonismo do Poder Judiciário no que tange ao controle da legislação orçamentária. Para Grau (2017), a atuação do Poder Judiciário, em colaboração com os demais poderes, deve ser totalmente pró-desenvolvimento dos direitos sociais, combatendo todo o retrocesso que venha a surgir, pois o processo de aplicação do direito por meio do mandamento advindo das decisões judiciais é um processo de permanente recriação e atualização do direito, abrindo espaços para inovações e retirando principalmente o juiz do estado de letargia de ser apenas “a boca da lei”, devendo não apenas reproduzir, mas produzir o direito com o intuito de efetivar a aplicação constitucionalmente imediata de um direito fundamental social, é o caso de inverter as prioridades: o direito social é que deve influenciar o orçamento e não o contrário.

Para concluirmos sobre a doutrina da reserva do possível fática e jurídica, destacamos a passagem de Cunha Jr (2017), em que defende que existem recursos financeiros no âmbito do Estado para garantir os direitos sociais, e o que ocorre na

realidade é uma má distribuição destes recursos e desvios ilícitos. Nesse caso, sustenta o autor, de forma implícita, que o Poder Judiciário deve atuar tendo como referência o princípio da proibição do retrocesso social para evitar teses restritivas como a reserva do possível, ao alertar sobre instrumentos de fiscalização sobre o gasto público, para evitar casos como desvios de verbas com obras superfaturadas, cartões corporativos, corrupção ativa e passiva, empresas corruptoras e corruptas, cultura “do favor e do jeitinho” para que esse dinheiro seja aplicado para as necessidades básicas do ser humano, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É axiomático que o direito à saúde, assim como todos os direitos, não é absoluto, devendo-se analisar a proporcionalidade, a razoabilidade e o caso específico em si. Mas usar o argumento de que não há recursos disponíveis, de modo irresponsável, ou seja, sem comprovação empírica, é característica de setores que tem como escopo principal restringir e, até mesmo, retirar o direito à saúde da Constituição, atacando principalmente os princípios da integralidade e universalidade. É urgente, também aqui, que a hermenêutica jurídica atue com o fito de proibir este retrocesso social denominado “reserva do possível”.

Complementamos esse raciocínio com a citação de trecho da tese de doutorado de Aith (2006, p.397-398), intitulada “Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro”:

[...] a diretriz de integralidade das ações e serviços públicos de saúde representa um importante instrumento de defesa do cidadão contra eventuais omissões do Estado, pois este é obrigado a oferecer, prioritariamente, o acesso às atividades preventivas de proteção da saúde. A prevenção é fundamental para evitar a doença, entretanto, sempre que esta acometer um cidadão, compete ao Estado oferecer o atendimento integral, ou seja, todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, dentro do estágio de avanço do conhecimento científico existente. Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população. (2006, p. 397-398).

Portanto, a consecução do direito à saúde por parte do Estado é obrigatória e deve atender a todos. A doutrina da reserva do possível não deve ser usada como argumento a obstaculizar essa conquista da nossa cidadania, pois como vimos, ela necessita de uma melhor definição em relação a seus critérios objetivos, assim como precisa comprovar seu pressuposto básico - a escassez de recursos financeiros por parte do Estado brasileiro.

Reflexos sobre a Administração da Justiça: considerações finais

Tanto a doutrina do mínimo existencial quanto a da reserva do possível, em termos histórico-jurídicos, são institutos incipientes que ainda não encontraram tratamento exaustivo por parte da doutrina. Desta maneira, deve-se estudar o tema com atenção, pois há uma relação direta entre estes institutos e a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo aqui o direito à saúde.

Para demonstrarmos da melhor forma possível a relação entre ambos os institutos em tela e as indagações contidas neles, recorreremos a Oliveira e Calil (2008) que

questionam, primeiramente, sobre a precedência de um instituto sobre o outro, já que não há uma comprovação de qual deles dá a devida sustentação à existência doutrinária de outro. A pergunta de dupla-face a que os autores não encontram resposta é a seguinte: a) se a reserva do possível limita os direitos sociais a um mínimo necessário a uma existência digna; b) ou a reserva do possível, inclusive reserva financeira, seria de aplicação geral, apenas encontrando restrição em relação a um núcleo dignitário mínimo?

Logo depois, complementando o raciocínio, Oliveira e Calil (2008) levantam várias questões sobre a relação entre as doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível como, por exemplo, em torno da indeterminação se a reserva do possível é empecilho e entrave à aplicação fática dos direitos prestacionais, com exceção ao núcleo essencial que completa esses direitos ou se a reserva do possível é a responsável por delinear o mínimo existencial, restringindo, dessa forma, todos os direitos que a ele não pertencem:

Caso se entenda que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, está-se perante uma teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos.

Ao contrário, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial é dado pela reserva do possível, esse conjunto de direitos derivará de uma ponderação, sendo que pode ser restringido no caso concreto. Sob este prisma, o mínimo essencial apenas existiria em decorrência da existência da reserva do possível, o que não ocorre em verdade. Adotada esta tese, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a fazer parte do embate, considerando-a, sim, como característica dos direitos prestacionais. (2008, p. 17-18).

Portanto, como se vê, ainda há muito que destrinchar sobre a relação entre as doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível e, como já referido, temos que continuar atentos a essas elaborações sobre esses dois institutos pois eles apresentam uma relação direta e constante com a legitimação e justificativa para a restrição e/ou exclusão dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde e sua respectiva efetividade perante à Justiça brasileira.

E a pergunta que também este artigo se propõe a tentar responder é sobre a utilidade dessa temática para se pensar a Administração da Justiça. Assim, considerando a natureza exploratória desta exposição, podemos apresentar algumas questões investigativas a saber: a) qual o número de ações judiciais cujas decisões impactam nas políticas de atenção básica do Sistema Único de Saúde (SUS); b) que critérios argumentativos se apresentam no exercício hermenêutico para a decisão pelo uso da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”; c) como o equilíbrio dos poderes é articulado nesse binômio doutrinário e que medidas de gestão judiciária podem surgir desse universo?

A resposta a essas questões sugere um direcionamento à construção de uma análise a partir de decisões selecionadas pelo Poder Judiciário não somente a partir do processo decisório em si mas também a partir de políticas judiciárias que busquem também compreender a dimensão da formulação e implementação da política pública, em nosso caso específico, da política pública de saúde. Esse exercício dialógico entre a atuação dos poderes institucionais é essencial para a normatividade do fluxo lastreado minimamente por uma agenda comum.

Para concluir, é possível afirmar que a construção conceitual das doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível deve ser avaliada com razoabilidade e proporcionalidade ao ser aplicada no Brasil pelo fato de sermos um país de modernidade

tardia e, conseqüentemente, termos uma situação juspolítica e econômico-social muito distinta da Alemanha, além das situações históricas inerentes a cada contexto à época de aplicação dessas teses.

A análise comparativa dos documentos constitucionais de ambos os países não deixam dúvidas quanto à dissonância hermenêutica da aplicação desses conceitos: enquanto na Alemanha a origem e desenvolvimento do mínimo existencial e da reserva do possível podem ser considerados como instrumentos de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, no Brasil constata-se um retrocesso social, principalmente em relação ao direito constitucional à saúde.

Nosso direito à saúde – estruturado e consolidado pela Constituição de 1988 – apresenta como características principais sua universalidade, integralidade e participação social subsumidos em um sistema único de saúde (SUS) que ratifica esse direito social fundamental de relevância pública como direito de todos e dever do Estado.

A aplicação das doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário represado por restrições orçamentárias, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis, nem reconhecendo seus objetivos, fundamentos e princípios, obstaculizando as conquistas e anulando a ratificação do direito sanitário constitucional brasileiro, podendo ainda impactar negativamente a efetividade da Justiça na questão sanitária.

Dessa forma, é necessário pensarmos alternativas doutrinárias e conceituais coerentes com a efetivação do direito à saúde no Brasil para não endossarmos projetos de retrocessos sanitários com o intuito de restringir e, até mesmo, extinguir o SUS de nossa Constituição.

Referências

AITH, Fernando. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

ALEMANHA. *DEUTSCHLAND*. München: Verlag C.H. Beck, 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates. In *VVDStRL* N. 12, Berlin, 1954.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Porto Alegre: JusPodivm, 2017.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoria de las Necesidades Humanas**. Madrid: Icaria, 2010.

FARENA, Duciran. A Saúde na Constituição Federal. *In* **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**. N.4, 1997.

GRAU. Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

KELBERT, Fabiana. **Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NETTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Rafael; CALIL, Mário. **Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Existencial: Paradigmas para uma definição**. *In* XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PEREIRA, Potyara. **Necessidades Humanas**. São Paulo: Cortez, 2011.

ROTHER, ET. Revisão Sistemática x Revisão Narrativa. *Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, Vol. 20, n.2. Editorial. abr/jun 2007. Disponível em <http://www.redalyc.org/pdf/3070/307026613004.pdf> Acesso em 28 de outubro de 2017.

SOUZA, Luciane. Reserva do Possível x Mínimo Existencial: O Controle de Constitucionalidade em Matéria Financeira e Orçamentária como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane moessa de souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf). Acesso em 28 de outubro de 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.