



SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde:** o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 224 p.

O tema “reserva do possível” é frequentemente discutido na doutrina nacional e estrangeira especialmente quando envolve eventual negativa por parte do Estado na prestação de direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos sociais, ao argumento da ausência de recursos financeiros para sua devida efetivação.

Para uma melhor abordagem do assunto, necessário se faz o estudo da reserva do possível através do princípio do mínimo existencial, para em seguida fazer um contraponto entre um e outro, bem como os diversos entendimentos a respeito.

O princípio do mínimo existencial parte do pressuposto ou da premissa da fundamentalidade dos direitos sociais e da dotação de eficácia e efetividade de tais direitos, vale dizer: os direitos sociais tem aplicabilidade direta e imedita, conforme dispõe o artigo 5, par. 1 da CF.¹

Sobre este assunto, com muita propriedade é a lição trazida por Sarlet (2008, p. 17):

Firma-se aqui posição em torno da tese de que pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional - todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional (...) os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, par. 1 da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível (...) em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade (...)

Neste mesmo sentido é o entendimento do constitucionalista Canotilho, (1999, p. 544):

o reconhecimento e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, em nível constitucional, é, pois, uma resposta a tese da impossibilidade de codificação de valores sociais fundamentais na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha da actividade do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um standard mínimo de vida ou de afirmar tão-somente uma dimensão subjectiva quanto a direitos a prestações de natureza derivativa, isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex: direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social). Trata-se de

¹ As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino, os quais são direitos fundamentais

Ora, o que se pretende descortinar é de que os direitos sociais exigem, de fato, uma ação ativa do estado e ainda que foram dotados como direitos fundamentais pela nossa CF, razão pela qual tem aplicabilidade imediata, ainda que se argumente que sua implementação dependa de condições objetivas por parte do Estado - com recursos disponíveis - como por parte da sociedade - com nível econômico elevado capaz de realizações no plano material. (SILVA, 2010, p. 177)

Por outro lado, não é válida a afirmação de que os direitos sociais são normas programáticas e que, portanto, dependeriam, de ações do legislador e do administrador público para sua implementação, uma vez que os direitos sociais, por terem sido levados a categoria de direitos fundamentais, devem ser interpretados através do princípio da efetividade máxima da Constituição e, portanto, sua implementação deve ser realizada através de políticas públicas, tendo sempre como norte o interesse público e a dignidade da pessoa humana para se garantir o que se chama de mínimo existencial.

É assaz importante, a diferenciação entre mínimo existencial e mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. Enquanto o primeiro diz respeito às condições mínimas que o indivíduo necessita para viver dignamente o segundo se refere a sobrevivência da pessoa no seu aspecto vital (garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade: “não deixar alguém sucumbir a fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é - e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente” (SARLET, 2008, p. 22)

Assim, o mínimo existencial está ligado diretamente às prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável e a vinculação com direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo.

Nesse sentido, Barcellos, defende que o mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual deve-se reconhecer a eficácia jurídica positiva. Ainda segundo a autora, é composto por quatro elementos: “destes, destaca-se três materiais e um instrumental, a saber: educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça” (BARCELLOS, 2002, p. 248)

Diante destas premissas, partindo do pressuposto inicialmente elencado neste texto, qual seja: que os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais e, portanto, tem aplicabilidade e efetividade imediata, assim, fazem parte do mínimo existencial que reforça a dignidade da pessoa humana e, por esta razão, não há como conceber que tais direitos estejam submetidos ou limitados aos ditames da reserva do possível.

O Professor Luis Roberto Barroso (2005, p. 38-39), objetivamente, destaca a estrutura do que se pretende entender por mínimo existencial:

é a locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade, destacando-se que o elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, asseverando haver razoável consenso de que inclui: saúde básica e educação fundamental, havendo ainda um elemento instrumental, que é o caso de acesso à Justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Assim, a conclusão é no sentido de que os direitos sociais prestacionais, como por exemplo, organização de estabelecimentos públicos ou prestação de serviços públicos essenciais - hospitais públicos, clínicas, escolas primárias, saneamento básico, saúde, habitação, assistência social, transporte, etc - não se encontram sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, já que são direitos fundamentais e integram o mínimo existencial para sedimentação do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo, inclusive, ser efetivado por ação do poder judiciário a depender de cada caso concreto.

A jurisprudência nacional sobre o mínimo existencial tem sido tema de debate em nossos Tribunais Superiores. O STF, em decisão marcante dada pelo Ministro Celso de Melo, apreciando demanda relacionada à saúde em ADPF, consolidou entendimento sobre a possibilidade do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas para garantir o mínimo existencial ao indivíduo, fundamentando sua decisão na dignidade da pessoa humana, que, segundo ele, deve ser o centro das prestações estatais.

Por sua vez, o PRINCIPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, parte do pressuposto que as prestações necessárias à efetivação dos Direitos Fundamentais, dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-los ao cidadão individualmente ou coletivamente considerado. Este é o cerne do entendimento de que os Direitos fundamentais implementados por prestações e o próprio

mínimo existencial só podem conformar-se diante dos limites impostos pelo que se denomina de reserva do possível, não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionais, do princípio da separação dos poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo (SILVA, 2010, p. 187).

O princípio da reserva do possível teve sua origem na Alemanha e está relacionada diretamente com as limitações econômicas que podem comprometer a plena efetivação de direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos condicionados a existência de condições materiais para a possibilidade de seu atendimento. A decisão paradigmática sobre o tema foi proferida pela Corte Constitucional Federal da Alemanha no caso BverfGE nr. 33, S. nr. 333.²

A partir deste julgado, sedimentou-se o entendimento, internacional e nacional no sentido de que a implementação dos direitos sociais prestacionais estão sujeitos ao princípio da reserva do possível, relacionadas não somente a escassez de recursos materiais, mas também ao princípio da razoabilidade, separação dos poderes e ao pacto federativo e a reserva da lei orçamentaria.

Pode-se dizer então que a reserva do possível está ligada diretamente a situações fáticas e jurídicas que, segundo Sarlet (2008, p. 193), apresenta-se através de uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos que guarda íntima relação com a distribuição de receitas pela lei orçamentária; c) diz respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade de cada caso concreto. Obviamente que todos as facetas acima devem guardar relação com os princípios constitucionais, especialmente o do Estado Federativo.

Assim, diante do que foi estudado alhures, o que se percebe é que nasce um conflito entre as premissas lançadas do princípio do mínimo existencial com o princípio da reserva do possível.

Na doutrina nacional são a favor da reserva do possível nos termos do que foi apresentado no presente estudo, os seguintes autores: Dalton Santos Moraes, Paulo Gustavo

² Este caso refere-se a uma ação judicial então proposta por um estudante visando a permiti-lo a cursar o ensino superior público, com fundamento na lei federal alemã que garante a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas suficientes para todos os interessados em frequentar as universidades públicas. Neste caso o julgado foi no sentido que o Estado deve se pautar, além de outros princípios de ordem material (a presença de recursos) como também pela razoabilidade.

Gonet Branco, Gustavo Amaral, Flávio Dino de Castro e Costa e Luiz Nunes Pegorato. Por outro lado, é a reserva do possível o autor Andreas Joachim Krell (admitir a reserva do possível em um país pobre como o Brasil poria em serio risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar a relativização de direitos invioláveis). Como entendimento de meio termo, apresenta-se Ana Paula de Barcellos e Ricardo Lobo Torres, fundamentando que a reserva do possível não pode ser óbice ao princípio do mínimo existencial, entendimento este corroborado por dois acordões do STF.³

Estruturada a dimensão da reserva do possível, verifica-se que este princípio funciona como um limitador jurídico e fático a balizar os Direitos Fundamentais na perspectiva dominante da disponibilidade econômica de recursos para sua efetivação, garantido-os, por outro lado, nas hipóteses de ponderação, tendo como norte o mínimo existencial, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade de cada caso concreto.

Nesse sentido, é deveras importante, mais um vez, a contribuição de Sarlet, segundo o qual a reserva do possível frente as premissas do mínimo existencial, deve ser interpretado não como de caráter absoluto, mas relativo, podendo, nestes casos, serem supridos pelo Poder Judiciário quando suscitados.

Some-se, neste sentido, que o Estado não pode editar qualquer medida legislativa ou administrativa tendente a reduzir, anular ou revogar o que integra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Isso se dá para que o Estado não atue retrocessivamente em relação ao que está reconhecido como dignidade humana. Na doutrina foi denominada pelo Professor Canotilho (1998, p. 321) de princípio da proibição do retrocesso social.

Segundo essa ideia de “vedação do retrocesso, após a concretização dos direitos sociais prestacionais em nível infraconstitucional, eles assumem o caráter de direito subjetivos a determinadas prestações estatais, de tal forma que não mais se encontram na esfera de disponibilidade do legislador ordinário, tornando-se direitos adquiridos que não podem mais ser suprimidos ou reduzidos, representando uma dimensão negativa do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo é razoável se afirmar que o princípio da vedação do retrocesso social conjuga-se de maneira intensa com o disposto no artigo 5, par. 1 da CF, que representa a expressão da máxima efetividade das normas definidoras de

³ ADPF 45/DF, 29.04.2004 e AGRAVO REGIMENTAL RE 410.715-5/SP, 22.11.2005, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello.

Direitos Fundamentais, apontando para o afastamento do ordenamento jurídico de hipóteses tendentes a implementar a redução do mínimo existencial, já devidamente resguardado e protegido". (SILVA, 2010, p. 195).

A jurisprudência tanto do STF como do STJ tem pautado o entendimento majoritário pela aplicação da reserva do possível, fundamentando suas decisões na disponibilidade de recursos materiais, mas também nos princípios da separação dos poderes, da reserva de lei orçamentária e ainda do princípio federativo.

Entretanto, o STF e STJ, tem excepcionado a reserva do possível apenas no que se refere ao direito fundamental a saúde e à educação, momento em que tem aplicado o princípio do mínimo existencial.

Assim, denota-se duas vertentes jurisprudenciais: a) uma voltada para a aplicação da reserva do possível sempre que versarem em dar efetividade a direitos sociais prestacionais e outra b) pela aplicação do princípio do mínimo existencial sempre que versar sobre direitos fundamentais a saúde e educação.

A doutrina constitucionalista, sob a ótica da aplicação de políticas públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário, no que se refere ao princípio da reserva do possível, consagra três teorias: a) teoria da eficácia zero, segunda a qual o judiciário não pode implementar direitos sociais; b) teoria da eficácia mínima, segundo a qual o judiciário pode agir somente para efetivar o mínimo existencial; c) teoria da eficácia máxima, segundo a qual o judiciário pode e deve agir para efetivar normas de direitos fundamentais sociais.

Cabe destacar ainda que as políticas públicas no Estado Constitucional não são realizadas somente pelo Executivo e Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, cada um com suas competências constitucionais. Assim, percebe-se que políticas públicas não são instrumentos que se revestem apenas da lógica do GOVERNO, mas também do ESTADO como um todo, a ser utilizado na perspectiva do interesse público, tendo como norte a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sob o viés da dignidade da pessoa humana (que tem o mínimo existencial como parte integrante do núcleo princípio), conforme bem apontou a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 56):

Não há verdade Constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional: a dignidade da pessoa humana.

Em arremate que se propõe é o de que os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais da CF/88 e, portanto, tem aplicabilidade e efetividade imediata. Por outro lado, há que se observar a possibilidade do Estado em dar implementação a tais direitos, tendo como norte o princípio da reserva do possível, limitador fático e jurídico. Entretanto, tal óbice não pode guardar resguardo quando se está em jogo garantias às condições mínimas a existência do ser humano, fundamento este no princípio do mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura central de um Estado Democrático Constitucional.

Solon Cícero Linhares

Professor dos Cursos de Graduação e Especialização – PUCPR
Mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR
Doutorando em Direito Econômico – PUCPR

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Interesse Publico, ano 1, n. 4, p. 56, out/dez. 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; Reserva do Possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4 Regiao, Porto Alegre, n. 24, p. 22, jul. 2008.
- SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Direito Fundamental à Saúde. o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Forum, 2010.