
A RESPONSABILIDADE ESTATAL NA SEARA DA SAÚDE PÚBLICA: A ALOCAÇÃO DE RECURSOS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Láis Gomes Bergstein

Mestre em Direito Econômico e Socioambiental - PUC/PR
Professora de Direito Civil - Faculdades da Indústria (Sistema FIEP)
Membro do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico - UFPR
Advogada do Escritório Professor René Dotti
lais@dotti.adv.br

RESUMO

O presente trabalho avalia, a partir da ordem jurídica de proteção à dignidade da pessoa humana instituída pela Constituição Brasileira de 1988, a responsabilidade estatal quanto à promoção, proteção e recuperação da saúde em um contexto de escassez de recursos públicos. Discute-se, precipuamente, o hodierno protagonismo do Poder Judiciário, que passou a exercer um poder de ingerência sobre as políticas públicas na seara da saúde pública, e as relações entre as concepções de *reserva do possível* e de *mínimo existencial*. Utilizam-se diversos enfoques para, enfim, concluir que o direito à saúde, por estar inexoravelmente ligado ao direito à vida, deve prevalecer sobre os demais princípios constitucionais, dentre eles o da separação dos poderes, assim como, na atual conjuntura brasileira, a alocação de recursos deve priorizar a saúde pública.

Palavras-chaves: Direito Fundamental; Saúde Pública; Escassez; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Atuação Jurisdicional

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático, o direito à saúde – inserido no rol de direitos sociais – constitui, ao mesmo tempo, um direito universal e uma atribuição do Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição da República, *in verbis*: “Art. 196. 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 partir disso, diversos desdobramentos do direito à saúde apresentam-se como verdadeiros desafios àqueles que pretendem interpretar a Constituição da República, a começar pelos contornos que devem ser dados a este direito fundamental, seguindo para a

questão da atuação do Poder Judiciário e o debate sobre as concepções desenvolvidas para justificar as escolhas alocativas dos demais Poderes.

Destaca-se, por oportuno, que a análise da hodierna responsabilidade do Estado brasileiro na seara da saúde pública é feita a partir – e dentro dos limites – da atual conjuntura sócio-política nacional. Isto porque o desenvolvimento do Estado inevitavelmente conduz ao protagonismo de novos direitos fundamentais e pode, conseqüentemente, ensejar novas diretrizes e conclusões.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 é a primeira Carta Magna brasileira a consagrar expressamente o direito fundamental de proteção à saúde. A atual Constituição, além disso, atribui aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – dentre os quais estão os direitos sociais (art. 5º, § 1º, Constituição da República).¹ Antes disso, notadamente durante o século XIX, sem a prestação direta de serviços de saúde pelo Estado, as pessoas dependiam inteiramente do mercado para o atendimento de suas necessidades relacionadas à assistência à saúde.²

José Afonso da Silva compartilha a opinião de que “[...] há de informar-se pelo princípio [do direito à saúde] de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.”. Notadamente, o autor saúda a elevação, pela Constituição de 1988, do direito à saúde para o rol de direitos fundamentais, constituindo um direito do homem, diferentemente do que previa o Direito Constitucional anterior que apenas previa a competência da União para legislar sobre defesa e proteção da saúde.³

Por sua vez, o artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Sociais*. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

² MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 36.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 307-308.

⁸⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

correspondentes e regula as ações e serviços de saúde em todo território nacional, estabelece expressamente que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”.

A lei, contudo, não exclui o dever pessoas, da família, das empresas e da sociedade no que tange a assistência à saúde, pelo contrário, o explicita no parágrafo segundo desse mesmo dispositivo, *in verbis*: “§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Assim, a Constituição da República e a Lei nº 8.080/1990 estabelecem o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito fundamental à saúde sem exonerar as pessoas, a família, as empresas e a sociedade de suas respectivas parcelas de responsabilidade.

Pode-se, neste sentido, dizer que existe uma responsabilidade compartilhada no âmbito da promoção da saúde, tanto que a participação da comunidade constitui uma das diretrizes do sistema único de ações e serviços públicos de saúde. Cite-se, por exemplo, o Sistema Único de Saúde, que é financiado, precipuamente, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estabelece o § 1º do artigo 198 da Constituição da República. A seguridade social, por sua vez, é financiada por toda a sociedade, por meio de tributos e contribuições sociais.

O *atendimento integral* e a *participação da comunidade* são, portanto, algumas das diretrizes da rede de ações e serviços públicos de saúde. Vale, no entanto, mencionar, ainda que brevemente, a ressalva de Gilmar Ferreira Mendes, o qual defende que “[...] não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde independentemente da existência de uma política pública que o concretize.”. A interpretação correta, segundo o autor, é de que “Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.”⁴.

Outrossim, os direitos sociais, dentre eles o da promoção da saúde, geram um custo para o cidadão. No caso brasileiro, este custo não se limita apenas à elevada carga tributária, como relembra Ernesto Lima Gonçalves, ao tratar do atual sistema assistencial brasileiro:

Importa lembrar, de outro lado, o custo que está sendo pago, pelo homem e pela comunidade, pelos atendimentos prestados pelo sistema. Para o homem brasileiro diferentes custos: os financeiros, com que o sistema é mantido e expandido; os físicos, decorrentes das distâncias a percorrer até a agência de saúde mais próxima;

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 686.

os morais e psicológicos, resultantes das filas – que são decorrências da disparidade entre a demanda e a oferta de serviços assistenciais num determinado ponto – e dos entraves burocráticos, muitas vezes agravados pela insensibilidade de funcionários despreparados para o exercício de suas funções.⁵

Neste contexto, diante das notórias dificuldades atinentes à gestão pública dos recursos e à promoção de políticas públicas efetivas, dentre diversos outros obstáculos, o Poder Judiciário, chamado à resolução das lides, acaba assumindo o protagonismo na defesa da concretização dos direitos constitucionais fundamentais.

Neste sentido, Eduardo Cambi afirma que “A consagração de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas, uma *explosão de litiosidade*, trazendo ao Judiciário ações individuais e coletivas voltadas a efetivação desses direitos constitucionais. O desempenho judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas.”. Esta chamada *desneutralização política* do Judiciário resulta do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, surgida a partir de meados do século XX, uma vez que antes disso, máxime durante o Estado Liberal, o objetivo precípua era o de neutralização do Poder Judiciário perante os demais poderes.⁶

A tendência do constitucionalismo contemporâneo, na visão de Paulo Bonavides, é de que sejam estreitados os laços de cooperação e vinculação dos três Poderes, mas pondera que hodiernamente a teoria da tripartição de poderes “[...] é um princípio decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.”⁷. Disso, conclui-se, decorre o protagonismo Judiciário na defesa e efetivação do direito fundamental à saúde.

Na visão de Luís Roberto Barroso, a Constituição da República de 1988 aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira em razão da conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos, assim como pelo fato do texto constitucional ter criado novos direitos, ampliando o rol de legitimados a buscar judicialmente a tutela de seus interesses. Segundo o jurista, neste contexto, houve uma virtuosa *ascensão institucional do*

⁵ GONÇALVES, Ernesto Lima. Avaliação Crítica do Sistema Assistencial Brasileiro. In: _____ (coord.). *Administração de saúde no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 138-139.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessoalismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194. Grifos no original.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 86.

⁸⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

Poder Judiciário, na medida em que os magistrados e os tribunais passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.⁸

Diante disso, Barroso conclui que “[...] em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.”⁹. O jurisdicionado, preterido pelo Estado, busca junto aos Tribunais a solução para as suas mazelas, e, pautando-se no texto constitucional, na maioria dos casos consegue a tutela pretendida, mas apenas para si, sem envolver a coletividade.

A despeito do protagonismo do Poder Judiciário na resolução das lides decorrentes da deficiência de políticas públicas que garantam os direitos sociais, as dificuldades de efetivação dos direitos sociais, além de estarem relacionadas à falta de investimentos, também decorrem da falta de profissionais capacitados – problema que, por sua vez, tem origem também na educação pública deficitária –, da carência de recursos materiais e de problemas congênitos de infraestrutura em um país de dimensões continentais.

3 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NA SEARA DA SAÚDE PÚBLICA E A ESCASSEZ DE RECURSOS

Um dos principais problemas na gestão da saúde brasileira é a escassez de recursos para investimentos tanto no aprimoramento quanto na manutenção de ações e serviços públicos, aliada às dificuldades inerentes à gestão pública. Diante disso, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), visando fornecer um panorama do financiamento da saúde no Brasil, reuniu informações atualizadas sobre a gestão do SUS em uma publicação, na qual se afirma que:

[...] é no subfinanciamento que está o ponto frágil do sistema público de saúde. Isso não só porque o Brasil não gasta o mínimo suficiente, mas pela inexorável tendência de crescimento das necessidades de recursos devido à combinação de elementos, como os demográficos (crescimento e envelhecimento da população) e a velocidade com que novas tecnologias são incorporadas ao arsenal terapêutico e de diagnose. O subfinanciamento do setor público de saúde é bem conhecido pelos diferentes atores sociais e grupos de interesse direta ou indiretamente envolvidos no processo de

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 382-383.

⁹ *Ibid.*, p. 383. Grifos no original.

construção do SUS como fator impeditivo do cumprimento dos preceitos constitucionais de acesso universal e atendimento integral.¹⁰

Os dados divulgados pelo CONASS revelam que alguns eventos – tais como a inflação, persistente até o Plano Real, em 1994, o baixo crescimento da economia, a eliminação da folha de salário como fonte da saúde, em 1993 e o crescimento dos gastos com aposentadorias e pensões, que absorveram parcelas crescentes do Orçamento da Seguridade Social – contribuíram com o comprometimento do financiamento da saúde pública.¹¹

Algumas informações divulgadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS)¹², por sua vez, revelam que o percentual de investimentos realizados em saúde no Brasil, no ano de 2009, é equivalente a 9,0% (nove por cento) do Produto Interno Bruto (PIB). O montante gasto pelo Governo, todavia, equivale a apenas 45,7 % (quarenta e cinco vírgula sete por cento) deste total, sendo que os 54,3 % (cinquenta e quatro vírgula três por cento) restantes dos investimentos na área da saúde têm origem no setor privado. O Governo brasileiro, portanto, segundo as informações divulgadas pela OMS, destinou, no ano de 2009, tão somente 6,1 % (seis vírgula um por cento) dos seus gastos totais ao setor da saúde.¹³

Percebe-se que os investimentos no âmbito da saúde, de um modo geral, aumentaram, uma vez que em 2000 os recursos empregados no setor equivaliam a 7,2% (sete vírgula dois por cento) do PIB e, em 2007, equivaliam a 8,4% (oito vírgula quatro por cento).¹⁴ O aumento dos recursos empregados não significa, porém, uma melhoria na qualidade dos atendimentos médico-hospitalares. Isto porque o envelhecimento da população e a incorporação de novas tecnologias médicas, por exemplo, são fatores que incrementaram o gasto com a saúde. Esta constatação é comprovada pelo baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) aferido em inúmeras partes do país.

Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, as despesas médicas chegam a ser irracionais, consoante análise feita por Ronald Dworkin. Naquele país, segundo o filósofo, o sistema faz com que as pessoas tomem escolhas que não tomariam sozinhas, havendo um

¹⁰ SANTOS, René (coord.). *O financiamento da saúde*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2011. p. 9.

¹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹² Igualmente identificada por: *World Health Organization (WHO)*.

¹³ *World Health Organization (WHO)*. *Global Health Observatory Data Repository. Health financing, Health expenditure ratios*. Disponível em: <<http://apps.who.int/ghodata/>> Acesso em: 06 nov. 2011.

¹⁴ *World Health Organization (WHO)*. *World Health Statistics. Health expenditure*. p. 127-139. Disponível em: <http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS10_Full.pdf> Acesso em: 06 nov. 2011.

exagero no cálculo dos gastos coletivos em relação à quantidade de assistência médica desejada, pelo preço que se gostaria de pagar.

Segundo dados oficiais, os Estados Unidos gastaram cerca de quatorze por cento do produto interno bruto nacional em 1991 com saúde. Neste cenário, economistas conservadores passaram a defender que se deveria criar um mercado livre de subsídios fiscais, para que as pessoas apenas demandassem a assistência médica da qual pudessem pagar, o que, por diversos motivos, é inadmissível mesmo no ordenamento norte-americano.

O filósofo aponta então para um melhor ideal de justiça no âmbito da assistência médica: *o seguro prudente ideal*, ou seja, afirma que “Devemos dividir os recursos entre a saúde e outras necessidades sociais, e entre os diversos pacientes que precisam de tratamento, tentando imaginar como seria a assistência médica se a deixássemos à mercê de um mercado livre e não-subsidiado [...]”. Dworkin inclina-se na defesa do investimento equilibrado entre o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos da vida, presumindo que as pessoas vivem melhor quando investem menos na medicina duvidosa e mais em qualidade de vida ou para protegerem-se de outros possíveis riscos.¹⁵ Esta concepção aproxima-se, de certo modo, à interpretação feita por Gilmar Ferreira Mendes previamente referida, no sentido de que haveria um direito público subjetivo a políticas públicas e não direitos individuais ilimitados de acesso a todo e qualquer tratamento médico ou farmacológico.

Sob outro enfoque, no Brasil, o próprio fenômeno da *judicialização da saúde* também exerce uma forte pressão sobre as despesas neste setor. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo, ao tratarem do tema, afirmam que:

[...] a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz com a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que frequentemente é provocado a se manifestar sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, e até mesmo a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares.¹⁶

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2011. p. 431; 437-438; *passim*.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-14.

Luciano Benetti Timm faz uma relevante reflexão acerca da judicialização das decisões de alocação de recursos para a promoção de políticas públicas, sintetizada na ideia de que: “O Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios como a demanda, o contraditório, a ampla defesa) não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas [...]”. Segundo o autor, “Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação).”¹⁷

A despeito destas considerações, o princípio da separação dos poderes, como lembra Eduardo Cambi, “Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela desses direitos.”¹⁸. Verifica-se, na prática, que a intervenção do Judiciário torna-se com frequência indispensável: diante de um conflito de interesses e da inércia estatal, a tutela judicial é muitas vezes necessária até mesmo para assegurar o exercício de um direito fundamental, ainda que, em grande parte dos casos, apenas individualmente.

Se nas teorias clássicas o papel do juiz era o de declarar a lei ou de criar uma norma individual a partir de uma norma geral, atualmente o magistrado é imbuído da função de *construir* a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da regra de proporcionalidade (balanceamento) dos direitos fundamentais no caso concreto.¹⁹

Eugênio Raúl Zaffaroni, ao tratar da atuação politizada dos juízes, afirma que “Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial de conflitos.”. Conclui que “A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso.”²⁰. Face à ineficiência da gestão pública em conflito com o direito à saúde ou até mesmo à vida, resta ao jurisdicionado a faculdade (muitas vezes única) de pleitear a tutela jurisdicional, visando garantir a sua própria sobrevivência.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59.

¹⁸ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Traduzido por: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 94.

⁹⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

Nota-se que o protagonismo do judiciário na atual conjuntura brasileira se deve, exclusivamente, às características do nosso Estado, situação percebida a partir de comparações com os países desenvolvidos:

O Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser *liberal* nem *moderno*. Não obteve êxito em resolver a gravíssima desigualdade social, resultante da péssima distribuição de renda, e do modo como trata, pela via jurídica, incluídos e excluídos. Problemas como a efetivação dos direitos fundamentais sociais são próprios de países, como o Brasil, onde o Estado não assegura o *mínimo essencial* ao desenvolvimento das pessoas. Tal questão, por outro lado, não é tão problematizada para as condições vividas na Europa ou nos Estados Unidos, onde, havendo maior respeito ao mínimo social contido nas necessidades básicas dos bens constitucionais fundamentais, o direito procura muito mais assegurar a liberdade do que promover a igualdade.²¹

Isto porque, se não cabe ao Poder Judiciário a formulação de políticas sociais e econômicas para fomentar a saúde, é obrigação sua apurar se as políticas implementadas pelos órgãos competentes atendem às determinações constitucionais de acesso universal e igualitário. É encargo o Judiciário, uma vez acionado, pronunciar-se sobre a negativa da Administração Pública (seja ela de prover determinado medicamento ou garantir o tratamento pretendido). Pelas próprias características da prestação jurisdicional, os magistrados acabam exercendo um papel vital na esfera de promoção da saúde.

Pode-se ponderar, ainda, que na medida em que crescem os investimentos na área, tanto com ampliação quanto com aprimoramento dos atendimentos, o nível de intervenção do Poder Judiciário tende a diminuir proporcionalmente, podendo, inclusive, deixar de ser necessária em muitos casos²². No Brasil divide-se a mesma preocupação externada por Dworkin, no sentido de que existe uma vasta gama de setores que demandam investimentos públicos. A saúde, contudo, por estar intimamente ligada ao direito fundamental à vida, jamais poderá ser relegada, pelo contrário, deve assumir um espaço preponderante dentro do orçamento público.

²¹ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 216.

²² A exemplo do caso da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), cujo custo do tratamento era muito elevado para o Poder Público, demandando diversas intervenções do Supremo Tribunal Federal. Depois da quebra de patente os custos para manutenção dos programas de combate à doença foram reduzidos drasticamente. Conforme ressalta Gilmar Mendes, no Brasil, a quebra de patente de medicamentos foi utilizada “[...] como forma de concretização de política, dando-se maior efetividade ao direito de proteção à saúde.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Sociais*. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 687).

4 A QUESTÃO DA ALOCAÇÃO DE RECURSOS E A CONCEPÇÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

É fato notório que os direitos sociais – dentre os quais está o direito à saúde – geram custos, assim como que por meio do exercício forense, os Magistrados brasileiros têm influenciado o emprego de investimentos públicos.

A partir disso, Luciano Benetti Timm, em um estudo no qual propõe a avaliação da questão da efetivação de direitos fundamentais sob a perspectiva da análise econômica do Direito (conhecida como *Law and Economics*), afirma que as políticas públicas governamentais são geralmente mais eficientes do que aquelas perpetradas pelo Poder Judiciário. Sob a ótica econômica, defende também que as ações coletivas seriam as mais indicadas para fins de garantir direitos sociais por meio da intervenção judicial (a serem admitidas apenas em situações excepcionais para correção do processo democrático, e não como regra).²³

O autor justifica a importância de aproximar o Direito da Economia afirmando, dentre outras razões, que “[...] a Ciência econômica preocupa-se com a eficiência no manejo de recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.”²⁴

De fato, a prestação de serviços públicos de saúde apresenta-se como um desafio em razão da escassez dos meios estatais e à grande gama de esferas prioritárias de investimento. Neste contexto, é possível reconhecer que o entrelaçamento da Economia e do Direito, em uma visão interdisciplinar que invoca o apoio técnico de outra ciência desenvolvida, pode também contribuir com novas soluções para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais.

Aproximando conceitos inerentes à Ciência Econômica, muitos doutrinadores passaram então a utilizar a concepção da *reserva do possível*, que teve origem na doutrina alemã, para justificar a atual impossibilidade técnica de assegurar a plenitude dos direitos a todos os cidadãos, servido como critério para a implementação das políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci define esta concepção afirmando que “[...] nada mais expressa senão o

²³ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 61, *passim*.

²⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁹² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

fato de que os direitos sociais têm custos e que, no limite, pode haver concorrência pelo atendimento de direitos.”²⁵.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo formulam o seguinte conceito para a reserva do possível: “[...] a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.”²⁶

Os autores sustentam ainda que esta ideia guarda uma dimensão tríplice, que abrange: a) a real disponibilidade dos recursos para efetivação de direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos (materiais e humanos), relativa à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) assim como, sob a perspectiva do titular de um direito, abarca também a questão da proporcionalidade da prestação (exigibilidade e razoabilidade).²⁷

Entretanto, a reserva do possível não pode ser um limite absoluto ou um reiterado fundamento para negar a realização de direitos fundamentais. Inicialmente, pondere-se que a alegação de inexistência de recursos disponíveis atribuí ao Poder Público o ônus da prova, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil (CPC). Para Eduardo Cambi, “Cabe ao Poder Público demonstrar, especificamente, que há *exaustão orçamentária*, comprovando que inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinadas decisões judiciais.”²⁸. Não basta, assim, uma alegação genérica e destituída de qualquer respaldo probatório para imediatamente afastar a responsabilidade estatal.

Diante da real impossibilidade de assegurar-se a plenitude de direitos a todos os cidadãos, alguns doutrinadores desenvolvem então a ideia do *mínimo existencial*: teses elaboradas a partir dos estudos do jurista alemão Otto Bachof, o qual, já no início da década de 1950, concluiu que o princípio da dignidade da pessoa humana não demanda apenas a garantia da liberdade, mas envolve um mínimo de segurança social, considerando-se que a

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 29.

²⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁸ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 401. Grifos no original.

ausência de recursos materiais para uma existência digna, a dignidade da pessoa humana restaria, inevitavelmente, sacrificada.²⁹

Trata-se, em síntese, da concepção de um conjunto de direitos fundamentais mínimos indispensáveis para a manutenção da vida com dignidade, os principais valores a serem preservados no caso de impossibilidade de efetivação plena dos direitos fundamentais.

No Brasil, a teoria do mínimo existencial, embora não esteja expressa literalmente na Constituição, está relacionada à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Carta Magna de 1988). De acordo com Kazuo Watanabe:

O mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância. Para a implementação de todos esses direitos, ainda que limitada à efetivação do mínimo existencial, são necessárias prestações positivas que exigem recursos públicos bastante consideráveis.

O mínimo existencial, conforme ressalta o jurista, “[...] além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país.”. Conclui, assim, que “O que hoje, pelas condições existentes, pode não ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato, segundo o desenvolvimento do país.”³⁰ Por estas razões, não é possível mensurar genericamente o que seria este mínimo razoável, uma vez que seus limites oscilam significativamente no tempo e no espaço.

No contexto de limitação orçamentária, Watanabe afirma inicialmente que é inegável de que a “fundamentabilidade” dos direitos sociais não está reduzida ao mínimo existencial, ou seja, os direitos sociais não visam garantir apenas o mínimo ao cidadão, mas sim um vasto horizonte de direitos. Contudo, diante da possibilidade de, em tese, fracionar os direitos fundamentais até se atingir um mínimo necessário para o cidadão, o jurista, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, adota esta concepção para concluir que a reserva do

²⁹ BACHOF, Otto. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. apud: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

³⁰ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 13 et seq.

⁹⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

possível não pode ser invocada pelo Estado quando se estiver tratando do mínimo existencial.

Confira-se:

A tese da justiciabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, limitada ao mínimo existencial, pode parecer, à primeira vista, muito restritiva. Não o será, porém, se se adotar, na conformidade da posição acima explicitada, o entendimento prestigiado pela jurisprudência do Suprema Corte e do STJ, de que em relação ao mínimo existencial não é invocável pelo Estado a cláusula da reserva do possível.³¹

Por fim, tomando como fundamento também o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, conclui que “Somente em relação aos direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, que são os previstos em normas constitucionais de densidade suficiente, poderá ser contraposta, mediante fundada alegação e demonstração cabal, a cláusula da reserva do possível, que o magistrado analisará valendo-se das regras de proporcionalidade e de razoabilidade.”³²

A princípio, o poder público não pode ser responsabilizado por a) atos parlamentares, b) atos legislativos, c) atos administrativos e d) atos específicos da função jurisdicional.³³ No âmbito da saúde pública, no entanto, a falta de investimentos mínimos é, inclusive, causa autorizadora da intervenção da União na seara de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme previsto nos artigos 34, VII, *e*, e 35, III, da Constituição da República.

Diante desta problemática, muitos gestores invocam a teoria da reserva do possível para justificar a carência de investimentos. Por todo o exposto, no entanto, fica evidente a impossibilidade de se tentar justificar a deficiência do setor da saúde pública desta maneira.

A solução, face à efetiva limitação dos recursos disponíveis, seria estipular prioridades para a sua alocação. Gilmar Mendes, a respeito, afirma que “A garantia [constitucional do direito à proteção da saúde] mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde mediante escolhas alocativas.”³⁴

³¹ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 13 et seq.

³² *Ibid.*

³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. XI ed. rev., atual. e amp. por Rui Berford Dias. São Paulo: Renovar, 2006. p. 843-844.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 686.

Ademais, ainda que exista uma intervenção ativa do Poder Judiciário na seara que, *a priori*, seria restrita ao gestor público, Maria Paula Dallari Bucci defende ser viável a ordenação de prioridades:

A pulverização dos conflitos na arena judicial, mesmo quando agregados os interesses coletivos sob a representação processual do Ministério Público, não impede que ocorra, de modo desordenado e sem uma racionalidade explícita e consciente, uma seleção de prioridades, segundo as condições concretas de cada grupo de interesse de se fazer defender perante o Poder Judiciário.³⁵

Outrossim, Watanabe, pautado no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, apresenta uma alternativa para a prestação jurisdicional ao serem identificadas situações atinentes a direitos fundamentais, mas que não demandam uma tutela de urgência: “A sua análise deverá ser feita no processo de conhecimento, para conceder ao demandante, se for o caso, a tutela imediata, ou para ordenar, havendo a demonstração de insuficiência de recursos públicos, que a Administração inclua no próximo orçamento a previsão de recursos necessários ao seu atendimento, conforme o magistério [...] de Ada Pellegrini Grinover.”³⁶

Com isso, se o simples aumento dos percentuais mínimos de investimento, a exemplo da Emenda Constitucional nº 29, de setembro de 2000, que acrescentou o artigo 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não é uma solução definitiva, talvez a solução para assegurar condições dignas de saúde à população esteja relacionada à alocação seletiva de recursos, iniciativa que pode partir inclusive do Poder Judiciário, instado a se pronunciar a partir de casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.”

(GRAU, Eros Roberto.)

Diante de um conflito de direitos fundamentais, o gestor governamental inevitavelmente deverá identificar o direito de maior proeminência dentro do ordenamento jurídico. Neste contexto, embora se reconheça que os recursos são escassos e não podem ser

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 36.

³⁶ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 13 et seq.

⁹⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

empregados em um único destino, tratando-se de um conflito que envolva o direito à saúde, é possível reconhecer, em tese, a sua preponderância sobre outros direitos fundamentais.

Isto porque o direito à saúde está inexoravelmente relacionado aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. E, dada esta íntima relação com um dos principais fundamentos da República, a doutrina é uníssona em incluir o direito à saúde dentro do rol de direitos que agrega a concepção de mínimo existencial. A partir disso, embora não se possa admitir que todos os recursos disponíveis sejam destinados exclusivamente à promoção de ações e serviços de saúde, uma interpretação sistemática – em uma verdadeira visão holística – do ordenamento jurídico brasileiro, conduz à conclusão de que a alocação de recursos deve priorizar a seara da saúde pública.

Conclui-se, também, que a concepção da *reserva do possível* não pode servir como justificativa para a perpetuidade da prestação precária e do atendimento insuficiente à população no âmbito da saúde pública. A disponibilidade de recursos estatais para alocação tem o condão de obrigar o gestor governamental a destinar uma maior fração dos investimentos à manutenção e ao aprimoramento do serviço público de saúde, uma vez tratar-se de direito fundamental de todo cidadão.

Da mesma forma, não se pode pretender a abstenção do Poder Judiciário nesta seara. Face à ineficiência da gestão pública em conflito com o direito à saúde ou até mesmo à vida, resta ao jurisdicionado – muitas vezes unicamente – a opção de pleitear a tutela jurisdicional, com o objetivo de assegurar a sua própria sobrevivência. Consigna-se, assim, o entendimento de que até mesmo o princípio da separação dos poderes somente se coaduna com o ordenamento pátrio se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais: não pode ser invocado quando resultar em qualquer tipo de ofensa a estes direitos.

Em um Estado desenvolvido, que preze, precipuamente, pela promoção da liberdade, talvez fosse viável a opção de deixar exclusivamente à guarda dos Poderes Executivo e Legislativo a escolha das políticas públicas a serem implementadas mediante livre alocação de recursos. Ao contrário, na atual conjuntura brasileira, na qual sequer se consegue garantir o mínimo existencial, o Poder Judiciário não pode se abster de apreciar demandas que permeiam os direitos à saúde, à dignidade e à vida.

Vale, ao final, transcrever a ressalva de Eros Grau, de que “A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição.”³⁷.

E isto vale tanto para o jurista quanto para o gestor.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. apud: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. XI ed. rev., atual. e amp. por Rui Berford Dias. São Paulo: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2011.

GONÇALVES, Ernesto Lima. Avaliação Crítica do Sistema Assistencial Brasileiro. In: _____ (coord.). **Administração de saúde no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1989.

_____ (coord.). **Administração de saúde no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1989.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 164.

⁹⁸ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, René (coord.). **O financiamento da saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 193, p. 13 et seq., Mar. 2011.

World Health Organization (WHO). Global Health Observatory Data Repository. Health financing, **Health expenditure ratios**. Disponível em: <<http://apps.who.int/ghodata/>> Acesso em: 06 nov. 2011.

World Health Organization (WHO). World Health Statistics. **Health expenditure**. p. 127-139. Disponível em: <http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS10_Full.pdf > Acesso em: 06 nov. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Traduzido por: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ABSTRACT

The present study evaluates, from the legal protection of human dignity established by the Brazilian Constitution of 1988, the state responsibility regarding the promotion, protection and restoration of health in a context of scarcity of resources. It is argued, primarily, the

present-day judiciary role, which began to interfere on public health policies, and the relationships between the concepts of the cost of rights and the minimum necessary for survival. From different approaches, it concludes that the right to health, which is inexorably linked to the right to live, should prevail over all other constitutional principles, including the separation of powers. It is also concluded that in the current economy, the resource allocation must prioritize public health.

KEYWORDS: Human Rights; Public Health; The Cost of Rights; Resources Distribution; Minimum; Judiciary.