



04 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DA INTEGRALIDADE E DA UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DE R. DWORKIN E J. RAWLS

Palavras-chave

Direito à Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. John Rawls. Ronald Dworkin

Ana Carolina Falqueiro de Souza

Discente do Curso de Direito ITE/Bauru. E-mail: anacfalqueiro@gmail.com.

Thiago Munaro Garcia

Professor Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Professor da disciplina de direito empresarial da ITE/Bauru e da Universidade Paulista - UNIP, campus Bauru. Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação para as disciplinas de direito empresarial e direito processual civil. Advogado. Diretor Secretário da 21ª Subseção da OAB - Bauru.

Resumo

Primeiramente, é válido destacar que os direitos sociais não se efetivam pelo mero reconhecimento e adjudicação pelo Poder Judiciário, mas diante de políticas públicas eficientes que demandam um planejamento de recursos financeiros e conhecimentos técnicos específicos. À vista do exposto, o presente artigo tem como escopo analisar o fenômeno do mínimo existencial e a reserva do possível diante da garantia constitucional do direito fundamental à saúde pública. Através da análise dos julgamentos da Suprema Corte, buscou-se adentrar a implementação das teorias na jurisdição brasileira. A temática discutida no presente estudo justifica-se por tratar de temas e conceitos que permeiam as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a judicialização dos direitos sociais e a aproximação da reserva do possível e mínimo existencial. Nesse sentido, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, com a vertente metodológica de abordagem qualitativa, comum no ramo jurídico, por se tratar da sociabilidade, do ser social, não se podendo enxergar o direito senão no contexto da sociedade. Por fim, quanto às técnicas de pesquisa, apontam-se a bibliográfica e a documental, de documentação indireta, a partir do auxílio de livros e doutrina, sob o viés dos filósofos Dworkin e Rawls.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, assegura a todos os cidadãos brasileiros a dignidade da pessoa humana. Já no artigo 5º, § 2º, verifica-se que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Nesse viés, o direito à saúde é um direito social constitucionalmente garantido, com previsão no artigo 6º da Carta Magna, decorrente do direito à vida. A Constituição Federal disciplina que é dever do Estado garantir, mediante políticas públicas, sociais e econômicas a defesa e garantia da redução de doenças e seus agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

O direito à saúde está intrinsecamente ligado à garantia do direito à dignidade humana e o direito à vida. Entretanto, mesmo consolidado constitucionalmente como dever do Estado e direito de todos, por muitas vezes é olvidado pelo próprio prestador, se tornando necessário para sua garantia a tutela jurisdicional, que se utiliza de meios coercitivos para que o direito à saúde seja efetivamente cumprido. A sistemática da judicialização da saúde, na qual apenas aqueles que tiverem acesso ao Poder Judiciário terão a garantia do direito à saúde, se torna uma das principais defesas dos entes federados: o postulado da reserva economicamente possível.

Para a elaboração da presente pesquisa foram utilizados os métodos de análise analítico e dedutivo, de forma a permitir um estudo sob o prisma técnico e também sob o prático-axiológico, bem como o método empírico, através das técnicas documental e jurisprudencial, por meio de busca de dados através dos sítios eletrônicos dos Tribunais e de órgãos públicos para a obtenção de dados oficiais no que toca aos gastos públicos.

As divergências acerca da temática decorrem da natureza prestacional do direito à saúde e da aplicação do que se denomina reserva do possível e mínimo existencial sob a ótica da teoria da justiça de J. Rawls e R. Dworkin. Ao analisar tais teorias, verifica-se que não se pode aplicar indiscriminadamente a teoria da reserva do possível no tocante ao direito à saúde, uma vez que esse faz parte do mínimo existencial. Infere-se que o direito à saúde, como direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial, não pode ser obstaculizado pela alegação de falta de condições orçamentárias.

2. DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde foi historicamente instituído por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e, posteriormente, previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, vez que está estritamente vinculado com a efetividade do direito à dignidade humana e dos direitos sociais. Nesse ínterim, o termo “saúde” é definido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde como o “completo bem estar físico, mental e social”, transpondo a mera percepção de saúde como apenas falta de doença.

Constitui-se, portanto, um direito humano assegurado no âmbito internacional e, no âmbito nacional, um direito fundamental da pessoa humana, cuja situação topográfica na Carta Magna se encontra no Capítulo próprio endereçado aos direitos fundamentais. No mesmo sentido, Amartya Sen acrescenta:

Equidade na saúde não pode se preocupar somente com a saúde, isoladamente. (...). Equidade na saúde com certeza não se refere apenas ao acesso à saúde, muito menos ao enfoque ainda mais restrito do acesso aos serviços de saúde. Na verdade, equidade na saúde como conceito tem um alcance e uma relevância extremamente amplos (SEN, 2000, p. 74).

À vista do exposto, sob a ótica do princípio da integralidade, as necessidades específicas de cada grupo social devem ser atendidas na medida de seu respectivo grau de complexidade da política pública. Dessa forma, o Sistema de Saúde existente no Brasil deriva das lutas sociais desses grupos, preconizando a solidariedade e a justiça igualitária (MATTOS, 2006, p. 45). À luz desse princípio, podemos concluir a vedação ao Sistema de Saúde à adoção de medidas experimentais:

Os (...) calcado em critérios de segurança e eficiência do tratamento pleiteado que, em sentido mais amplo, reportam-se às noções de economicidade. A vedação a tratamentos experimentais ou carentes de prova científica robusta e contundente no que diz com a segurança do medicamento e sua eficácia, que também alcança os tratamentos aprovados para uso diverso daquele pretendido, insere-se nesse contexto, não se podendo elastecer de modo desproporcional os riscos impostos ao Estado e à sociedade sem qualquer limitação, mormente em homenagem aos princípio da prevenção e da precaução (CANOTILHO, 2013, p. 1937).

A integralidade visa conferir a maior abrangência possível no atendimento da rede pública de saúde, atendendo ao princípio da universalidade no atendimento. Sob a perspectiva de Mattos, a integralidade possui diversas vertentes, podendo ser interpretada pelo viés político, abarcando os valores sociais e a intervenção do Estado; sob o viés da medicina, no qual o princípio atenderia a padronização dos atendimentos; e sob o viés organizacional do Estado, de divisão de tarefas e competências dos entes federados (MATTOS, 2006, p. 43).

Nessa conjuntura, atrelado ao princípio da gratuidade, o princípio da universalidade garante a todos os residentes ou não no Brasil, ainda que em trânsito no

território nacional, que eventualmente necessitem de atendimento a fim de manter o gozo de seu bem-estar, o direito à saúde como premissa universal. Decorrente disso, está a prestação da isonomia como base, necessitando aplicar a universalidade correspondente às desigualdades, permitindo, portanto, determinada garantia da efetivação do direito à saúde equivalente aos indivíduos detentores de características circunstanciais semelhantes (CANOTILHO, 2013, p. 1936).

À vista do exposto, diante da perspectiva do direito à saúde atrelado aos princípios da universalidade e integralidade, faz-se necessário a introdução das problemáticas acerca do tema, que se substancia na alegação da reserva do possível no âmbito da saúde, como parte do mínimo existencial.

3. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: O ORÇAMENTO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A reserva do possível, também denominada “tese da reserva do possível”, ou “cláusula da reserva do possível”, tem sido atrelada às prestações públicas no tocante aos direitos sociais enumerados como deveres do Estado no artigo 6º da Carta Magna. Tal instituto vem sendo o principal argumento de defesa das esferas estatais em ações que veiculam prestações em face do sistema público de saúde. A definição científica da reserva do possível, como teoria, princípio ou cláusula vem sendo discutida pela doutrina e jurisprudência.

Nessa perspectiva, a classificação como teoria está atrelada às hipóteses cuja natureza decorre de uma sistematização a fim de se analisar uma premissa, porém, a reserva do possível não é aplicável para obtenção de conclusões falsas ou verdadeiras. Ainda, os denominados princípios, para Alexy (1997), detêm uma carga de abstração e generalidade que permi-

tem sua incidência como um catalisador normativo, de maneira diversa, a reserva do possível não contém um valor moral a fim de conduzir a otimização da incidência de uma regra. Por fim, o termo cláusula é utilizado no campo negocial para indicar artigos regentes na negociação, não se comunicando com as características da reserva do possível.

Nesse sentido, a discussão acerca da classificação da reserva do possível não obsta sua aplicação ou adoção. Seu conceito, segundo Ricardo Pires Calciolari (2012, p. 166), surgiu em 1972, por meio do julgamento proferido pela Corte Suprema da Alemanha em uma ação que discutia o direito à concessão de vaga no curso superior de medicina em uma universidade pública.

Nesse cenário, a Corte Suprema se manifestou acerca da compatibilidade entre as normas estaduais que restringiam o direito ao acesso ao ensino superior e a Constituição Alemã, adentrando a análise proporcional entre os direitos que eram fornecidos pelo Estado e o número de cidadãos a quem era proporcionado o gozo dos direitos, devendo ser otimizada nos limites do orçamento público destinado a essa finalidade. Desse modo, o *quantum* exigido deveria corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Segundo Antônio Alberto Machado (2017, p. 115), referida Corte fixou o entendimento que o Estado não teria a obrigação de custear, de forma indiscriminada, todo e qualquer direito social pleiteado nos casos em lide, desde que os cidadãos comprovassem que, se atentando aos recursos do Estado disponíveis, estaria conferindo a efetividade aos direitos reivindicados em juízo. Em contrapartida à Corte Alemã, que alega a reserva do possível como forma de valoração social norteadora dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o judiciário brasileiro tem utilizado do mesmo postulado, porém, como justificativa

de limitar a concretização de direitos sociais e como forma de controle do orçamento público.

Nesse sentido, acerca da problemática orçamento e garantias constitucionais Fernando Scaff afirma:

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos, a discricionariedade do legislador está presente (SCAFF, 2010, p. 29).

A aplicação da reserva do possível tem como escopo garantir o melhor custo benefício nas escolhas públicas, observadas as limitações financeiras dos entes. Assim, tratar os direitos com seriedade é reconhecer a escassez dos recursos públicos (GALDINO, 2002, p. 210), analisando as possibilidades mínimas de efetivação dos direitos fundamentais, porém, garantindo-se o mínimo existencial.

Pode-se compreender o mínimo existencial como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, como preceito da dignidade humana proposto por I. W. Sarlet. Assim, de acordo com Sarlet e Figueiredo (2008, p. 20), não seria possível a quantificação do mínimo existencial de uma forma única e definitiva, tendo em vista sua alteração conforme lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades. De acordo com tal premissa, deve-se garantir a dignidade da pessoa humana, e sua fruição de todos os direitos fundamentais, incluindo, ainda, o mínimo existencial sociocultural.

4. A INTERAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE

Ronald Dworkin e John Rawls são frequentemente classificados como liberais igualitários e buscaram apresentar uma teoria de justiça alternativa à concepção utilitarista, cujo conceito de justiça estaria atrelado à maior felicidade do maior número de pessoas. Na concepção de Dworkin, a igualdade de bem-estar, cuja origem advém da conceituação da teoria da justiça, está em dissonância com a igualdade de recursos. Na perspectiva do autor, não há de se chegar em uma sociedade em que todos tenham um mesmo nível de bem-estar, tendo em vista os gostos e concepções distintas entre os indivíduos. Assim prevê:

Os gostos dispendiosos são constrangedores para a teoria de que a igualdade significa igualdade de bem-estar precisamente porque acreditamos que essa igualdade, considerada em si e fora das questões de eficiência, condena, em vez de recomendar, a compensação por gostos dispendiosos deliberadamente cultivados (DWORKIN, 2005, p. 65).

O autor traz em suas obras o igualitarismo liberal, formado através de conjuntos determinados de metas políticas construtivas e derivadas, que integra uma forma de moralidade política. Dentro dessa temática, que parte do princípio da teoria da justiça dworkiniana, a igualdade de recursos ou teoria da justiça distributiva citada pelo autor sugere uma distribuição dos recursos que vai além da distribuição simétrica.

Assim, Dworkin pauta sua teoria na igualdade de recursos, na qual pressupõe que as pessoas devem iniciar suas buscas por bens com recursos iguais e a partir daí devem arcar com os custos de suas escolhas. Entretanto, deve-se incorporar o princípio da

utilidade, afastando a tese utilizada pelo Supremo Tribunal Federal de que não se deve analisar questões econômicas ao tema saúde pública, vez que o extremo dessa premissa levaria o Estado à falência. Dentro dessa temática, é válido citar o pensamento que vai de encontro com tal ideologia, dos juristas Ferraz e Vieira, no qual a Corte Suprema ao alcançar tudo a todos, acaba concedendo tudo a alguns, deixando outros com pouco ou nada (FERRAZ E VIEIRA, 2009, p. 223).

Sob a perspectiva de Rawls (1971, p. 60), a teoria da justiça está pautada na igualdade de direitos e na igualdade social e econômica, integra a primeira virtude para as instituições sociais, cuja distribuição de bens se torna indispensável para que um cidadão viva com dignidade. Assim, a justiça assegura a inviolabilidade dos direitos que visam garantir o mínimo existencial e que, portanto, estão fora de negociações políticas ou de variações segundo interesses sociais. Nesse passo, só há justiça entre iguais.

Sob a perspectiva do autor, enfatizando o princípio da prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar, sua concepção leva à aproximação da justiça com o Estado Social, ao dispor que a justiça deve trazer o maior benefício possível para os menos favorecidos o que, na aferição das desigualdades econômicas e sociais existentes, o maior benefício possível aos menos favorecidos significa maior vantagem a toda a coletividade.

Os autores defendem a relativização da reserva do possível quando da análise conjunta com o mínimo existencial, criando-se “direitos subjetivos a prestações”. Nessa perspectiva, tem-se que deve prevalecer a vida e a dignidade da pessoa humana sobre objeções quanto à reserva do possível (SARLET, 2008, p. 37). Adentrando às demandas relativas ao direito à saúde, a reserva do possível se aproxima do preceito de que a observância dos princípios da uni-

versalidade e integralidade não traduzem a gratuidade das prestações materiais, entretanto, não podendo ir de encontro com a plena eficácia do mínimo existencial, que deve ser garantido, inclusive, jurisdicionalmente.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO STF: O ARGUMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

O presente tópico visa analisar e levantar alguns julgamentos ilustrativos da Corte Suprema acerca da efetivação do direito à saúde e a alegação do mínimo existencial e reserva do possível. Dentro desta perspectiva, o STF adentra à temática na década de 1990, com os pedidos de recursos de medicamentos para o combate ao HIV no Rio Grande do Sul. A partir da análise do julgado do AI 238328 AgR/RS, de 1999, vê-se que a *ratio decidendi* do julgado não destrincha a temática, apenas cita o dispositivo constitucional referente às obrigações do Estado:

“No mais, reporto-me aos fundamentos da decisão atacada. 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 a sua promoção, proteção e recuperação.”

No mesmo período, não se discutia nas decisões as políticas distributivas ou a afetação orçamentária do Estado. Somente após a década de 2000 a Corte passa a adentrar de maneira mais profunda, em razão do crescente número de processos envolvendo, a temática direito à saúde, entretanto, ainda não havia uma tutela coletiva de tal direito fundamental garantido constitucionalmente. É o que se verifica da decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286, julgado no ano de 2000:

[...] Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196), representando, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

(...)

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

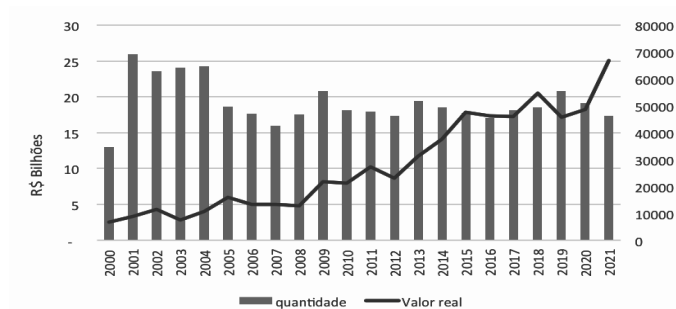
(...)

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprir destacar que o entendimento “consolidado” da época ressalta o direito à saúde como direito fundamental e que deveria ser tutelado e efetivado de forma plena pelo Estado. Ainda, caso houvesse omissão quanto a sua realização pelo Estado, desde que de forma arbitrária e desviante, o Poder Judiciário deveria atuar a fim de garantir o direito fundamental constitucionalmente consagrado.

Entretanto, a partir de 2007, a perspectiva dos julgadores passa a se voltar ao princípio da separação dos poderes e os limites orçamentários dos Estados, assim, justificando os indeferimentos da concessão gratuita de medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados sob alegadas premissas. Entretanto, tais posicionamentos se tornam fundamentos excepcionais na atualidade, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal favorável à intervenção judicial na política de distribuição de recursos da área da saúde. O confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial sob o viés da garantia do direito à saúde pode ser demonstrado no seguinte gráfico:

Gráfico 1. Quantidade de itens e valor dos medicamentos adquiridos pelo governo federal entre 2000 e 2021 (valores reais a preços de 2022)¹



A partir da análise do gráfico podemos concluir que houve um progressivo aumento do valor das compras federais de medicamentos desde 2008. A judicialização tem se tornado um dos fatores que justificam tal aumento, na qual os cidadãos ingressam

¹ Fonte: Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG). NEGRÍ, Fernanda de; MELLO, Carlos Eduardo de; MOURTHE, Adriano Cabral Linhares. Aquisições de medicamentos pelo governo federal, 2023. <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/370-evolucao-das-aquisicoes-de-medicamentos-pelo-governo-federal-nas-ultimas-duas-decadas>. Acesso em 7 nov. 2023

com pedido judicial para obter o acesso de medicamentos não disponíveis ou não fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, a partir de uma análise em conjunto das teorias ora em debate com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que os mais favorecidos pelas políticas de acesso à saúde são os que possuem capital social econômico acima da média, enquanto os desprovidos de qualquer tipo de recurso e acesso aos medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados ficam à mercê das longas esperas da rede pública de saúde do país.

Em síntese, o argumento que prevalece hodiernamente é de se garantir a necessidade de intervenção do Estado para assegurar condições mínimas de saúde aos cidadãos brasileiros hipossuficientes. Em diversos precedentes a Corte tem resguardado o direito à saúde em detrimento a argumentos da reserva do possível e questões orçamentárias. Nas palavras do Ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar da Pet. 1.246 SC, em 1997:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput.), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Nessa perspectiva, no teor do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento da ADPF 4066, em 2017, a fundamentação versa acerca da reserva do possível, cujos apontamentos ponderam as limitações orçamentárias do Estado e os custos da efetivação de direitos, concluindo que a limitação

de recursos existe é uma contingência que não se pode ignorar. Nesse sentido, afirma o magistrado:

[...] Seria possível, neste ponto, sustentar que a garantia do direito à saúde devesse levar em conta um ideal de distribuição que permitisse maximizar as chances de acesso aos bens primários, como se fosse possível, em uma instância deliberativa ideal, cobrir os interlocutores com um “véu de ignorância” acerca da real distribuição dos bens. Mesmo nesse cenário ideal, é preciso reconhecer que as pessoas têm visões diferentes sobre os bens que entendem necessários, pois os bens são necessários para uma finalidade. Noutras palavras, uma meta para a garantia do direito à saúde, construída a partir da teoria de John Rawls, poderia, ao fim, legitimar a ideia de ser lícito ao Estado decidir, autonomamente, sobre o destino das pessoas, invertendo o enfoque dos fins (liberdade) para um problema relativo aos meios (a saúde).

(...)

Contrariamente a essa perspectiva, é possível sustentar que o direito à saúde é “uma demanda ética sobre a equidade em saúde” (RUGER, Jennifer. *Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*. Yale Journal of Law & Humanities. V. 18. N. 18, p. 278), ou seja, todos têm o direito de reivindicar para si o acesso à melhor proteção à saúde, como se a proteção reivindicada pudesse ser formulada por todos. Se essa proposta tem, de um lado, a vantagem de, com Dworkin, levar o direito à saúde a sério, na medida em que permite às pessoas formular suas demandas éticas à luz do Direito; de outro, ela adverte que o papel do Estado não é um simples “sim ou não” à demanda que lhe foi apresentada.

Com efeito, o papel do Estado é não apenas fornecer um mínimo, aquilo que qual-

quer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens, levando em conta, porém, que as pessoas têm diferentes visões sobre a própria distribuição. Trata-se, portanto, de não apenas prover o mínimo, mas também de garantir a participação das pessoas nos procedimentos alocativos.

Vê-se, assim, que o direito à saúde é integrado por um “mínimo existencial” e – para as demais demandas que dele possam emergir – pela participação no processo alocativo. Essa definição implica afastar a tradicional visão de que os direitos sociais, o direito à saúde particularmente, são direitos de segunda geração ou são direitos que não podem ser garantidos por um provimento judicial. Há que se advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém propriamente da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.

Entretanto, a alegação da reserva do possível não pode servir como justificativa para a inércia estatal que comprometa a efetivação do direito à saúde e as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo. De modo que, quando configurada tal violação, caberá a intervenção do Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

Infere-se, portanto, que os direitos fundamentais, mais especificamente o direito à saúde, interferem diretamente na maneira como os indivíduos utilizam seu direito de liberdade na coletividade. Assim, a precariedade da assistência a direitos fundamentais pelo Estado tem como consequência a injustiça dada pela relativização do direito de liberdade plena. Diante do panorama traçado, a hipótese que se eleva é a de que o direito à saúde, apesar de configurar um direito fundamental de todos e um dever do Estado, na realidade apresenta condições bastante distintas daquela inicialmente idealizada pelo legislador Constituinte Originário.

Em síntese, no presente artigo, buscou-se analisar o fenômeno da assim chamada judicialização da saúde a partir de dois aspectos: o da reserva do possível, como possível limitador do controle jurisdicional, e o mínimo existencial sob a perspectiva de Rawls e Dworkin. Para tanto, ambos os filósofos adotam uma linha de pensamento liberal com vistas à proteção de direitos fundamentais e sociais da pessoa humana.

Por conseguinte, a teoria da reserva do possível e a alegação do mínimo existencial, entendidas como limite fático à concretização dos direitos fundamentais, não podem ser alegadas como justificativa de uma não concretização, pois o não cumprimento da parcela mínima de cada direito fundamental social configuraria uma lesão ao núcleo essencial. A prestação deficitária dos serviços incumbidos ao sistema de saúde pública resulta na redução do indivíduo a ser meramente vivente, ocasionada pela impossibilidade de desenvolvimento humano e dignidade. Desse modo, a reserva do possível apresenta cunho eminentemente capitalista, vinculando a possibilidade de efetivação de um direito garantidor do mínimo existencial à capacidade orçamentária.

A vinculação dos direitos sociais com a garantia de um mínimo existencial e a reserva do possível na jurisdição brasileira passou e ainda passa por uma série de controvérsias, que integram a pauta das discussões acerca da garantia do direito fundamental e a perspectiva orçamentária do Estado. Ademais, devemos lembrar que o Estado é um ente regido e criado exclusivamente pela vontade da coletividade, verdadeiros titulares do Poder, apenas sendo possível a verdadeira efetivação do direito à saúde se as políticas públicas forem efetivas e os serviços forem prestados de forma plena, garantindo vida e dignidade aos indivíduos.

Desse modo, infere-se que o direito à saúde não constitui um fim em si mesmo, sendo possível a distinção das competências e atribuições de cada ente do Estado no papel de garantidor da saúde, materializando a norma constitucional programática que atribui ao Poder Estatal o dever à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, 1997.

CANOTILHO, J. J., Gomes, *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald (2005). **A virtude soberana: a teoria e a prática da equidade**. São Paulo, WMF Martins Fontes.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino (2009). **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Dados [online], vol.52, n.1.

MACHADO, Antônio Alberto. **Elementos da teoria dos direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017.

MATTOS, Ruben de Araújo. PINHEIRO, Roseni. Org. **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: UERJ, IMS: ABRASCO, 2006.

RAWLS, John (1971). **A Theory of Justice**. Cambridge and London, Harvard University Press.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCARFF, Fernando Facury. **A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização**. In SCARFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na petição. Petição 1.246 MC/SC**. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerido: João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1658189>>. Acesso em: 07. nov. 2023.

Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286**. Requerente: Município de Porto Alegre. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>>. Acesso em: 07. nov. 2023.

Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 238328 AgR / RS**. Requerente: Município de Porto Alegre. Requerido: Carlos Fernando Becker.

Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1749380>>. Acesso em: 01. nov. 2023.

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4066**, Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. Relator(a): ROSA WEBER. Brasília, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607856>>. Acesso em: 02. nov. 2023.