

ΠΩΛ ΗΙΛΣΙΑ

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA
Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do
Estado do Amazonas

UEA 
EDIÇÕES

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Profa. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Profa. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Ma. Márcia Ribeiro Maduro
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Maristela Barbosa Silveira e Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

**NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA
DE DIREITO AMBIENTAL
ISSN: 2525-4537**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho, UEA
Prof. Dr. Mauro A. Ponce de Leão Braga, UEA
Profa. Dra. Maria Nazareth Vasques Mota, UEA
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Chefe

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editor Adjunto

Profa. Ma. Carla Cristina Torquato
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Profa. Ma. Dayla Barbosa Pinto
Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa
Prof. Me. Ygor Felipe Távora da Silva
Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Prof. Dr. César O. de Barros Leal, UNIFOR
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Prof. Dr. José Helder Benatti, UFPA
Prof. Dr. Fernando A. de C. Dantas, UFG-GO
Profa. Dra. Solange T. da Silva, Mackenzie - SP
Conselho Editorial

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado,
Universidade Metodista de Piracicaba - SP
Profa. Dra. Maria Gercilia Mota Soares, INPA
Profa. Dra. Luly R. da Cunha Fischer, UFPA
Profa. Dra. Lucas Gonçalves da Silva, UFS-SE
Profa. Dra. Lorena Fabeni, UNIFESP
Prof. Dr. Jeronimo Treccani, UFPA
Prof. Dra. Danielle, de Ouro Mamed, ISEPE- PR
Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Profa. Dra. Raquel Y. Farjado, PUC-PERU
Avaliadores

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol.11, n.1 (2021). Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2021.

Semestral

ISSN: 2525-4537

A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS DEMANDAS JURÍDICAS QUE ENVOLVAM O DIREITO À SAÚDE NO CENÁRIO DE ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

THE APPLICATION OF THE POSSIBLE RESERVE IN LEGAL DEMANDS INVOLVING THE RIGHT TO HEALTH IN THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THING SCENARIO

**Deilton Ribeiro Brasil¹
Dênia Matias Almeida²**

Resumo: A presente pesquisa tem por tema a aplicação da reserva do possível nas demandas jurídicas que envolvam o direito à saúde no cenário de estado de coisa inconstitucional. O tema se justifica em razão da necessidade de trazer eficiência e capacidade de relativizar os conhecimentos sobre o tema, e assim inserindo a discussão da forma de aplicação dos direitos sociais, possibilitando utilizar o aprendizado como catalisador para mudanças. O objetivo geral do presente estudo consiste em comprovar e trazer uma possível solução para o direito social à saúde, diante das alegações da reserva do possível. Para tanto, é necessário compreender o conceito do princípio da reserva do possível e suas implicações, esclarecer e delimitar o conceito de mínimo existencial no Brasil atual, e demonstrar o Estado de Coisa Inconstitucional e seus impactos, incluindo como consequência o ativismo judicial na busca da solução do problema. Assim, por meio do estudo bibliográfico com método hipotético-dedutivo é possível verificar como resultados alcançados que para a solução do problema apresentado é possível produzir mudanças sociais significativas por intermédio de medidas judiciais estruturais, visto que é caracterizado o Estado de coisa inconstitucional ao direito à saúde.

Palavras-chave: Princípio da reserva do possível; Direito à saúde; Medidas judiciais estruturais; Estado de coisa inconstitucional.

Abstract: *The present paper has as its theme the application of the reserve of the possible in legal demands involving the right to health in the scenario of an unconstitutional state of affairs. The theme is justified because of the need to bring efficiency and ability to relativize knowledge on the subject, and thus inserting the discussion of the form of application of social rights, making it possible to use learning as a catalyst for changes. The general objective of the present study is to prove and bring a possible solution to the social right to health, in view of the claims of reservation of the possible. Therefore, it is necessary to understand the concept of the principle of reserve of the possible and its implications, clarify and delimit the concept of existential minimum in current Brazil, and demonstrate the unconstitutional state of things and its impacts, including as a consequence judicial activism in the search for solution of the problem. Thus, through the bibliographic study with a hypothetical-deductive method, it is possible to verify the results achieved that for the solution of the presented problem it is possible to produce significant social changes through structural judicial measures, since the State of thing is unconstitutional to the right to health.*

Keywords: *Principle of reserve of the possible; Right to health; Structural judicial measures;*

¹ Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE-AFYA) e da Graduação e do PPGD Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Contato: deilton.ribeiro@fasa.edu.br.

² Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE-AFYA). Contato: deniamatias17@gmail.com.

Unconstitutional state of things.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A origem do princípio da reserva do possível no contexto social brasileiro. 2.1 A dignidade da pessoa humana em relação à reserva do possível. 3. Mínimo existencial no Brasil e a relação com o direito social da saúde. 3.1 O estado atual do mínimo existencial em relação ao direito social a saúde brasileira. 4. O estado de coisa inconstitucional aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. 4.1 Aplicação do estado de coisa inconstitucional no Brasil e a sua possível configuração no estado atual da saúde. 4.2 O ativismo judicial no Estado Democrático e suas implicações com a chamada “judicialização da saúde”. 5. Conclusões. 6. Referências

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por tema a aplicação da reserva do possível nas demandas jurídicas que envolvam o direito à saúde no cenário de estado de coisa inconstitucional. O Princípio da Reserva do Possível é compreendido de forma que somente se pode demandar do Estado algo que seja considerado razoável, ou seja, uma forma de justificar a limitação de alguns direitos. Com a crescente gama de direitos fundamentais e sociais, tem-se uma maior responsabilidade de resposta em relação à concretização desses direitos. Dentre eles, o direito social à saúde é um dos mais requisitados, possuindo como consequência um aumento na escassez de alguns recursos, necessários para sua efetivação.

Na tentativa de limitação destes direitos sociais, em razão da escassez de recursos, surge o princípio da reserva do possível, um fenômeno que identificará o que é razoável para se exigir do Estado. Tal princípio foi adotado pelo Brasil, sendo utilizado corrompidamente, dado que não se trata da limitação na promoção dos direitos sociais. No entanto, na jurisdição brasileira é utilizado com intuito de limitar a aplicação dos direitos sociais, sendo afetado diretamente por este princípio o direito social à saúde. Por analogia se resta, resumido, como o “princípio do financeiramente possível”. Deste modo, o problema desta pesquisa a ser enfrentado é: como harmonizar a falta de recursos financeiros do estado e “o estado atual” com o mínimo existencial aplicado ao direito social à saúde?

A justificativa para sustentar a presente pesquisa reside na importância que o tema possui para a sociedade brasileira, que se encontra em uma pandemia causada pelo COVID-19. Ao se falar do Princípio da Reserva do Possível, vemos que há uma dificuldade de sua interpretação, o que dificulta a sua aplicação ou geralmente é aplicada de maneira errônea. De modo a garantir que o direito à saúde seja garantido, o contexto histórico e atual do país deve ser observado, visto que afeta a sua prestação, pode-se dizer que o estudo desse princípio e o direito social aprofunda a eficiência e capacidade de conhecimento relativo sobre o assunto.

O método de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo, visto que para alcançar a hipótese apresentada, o problema será discutido de forma crítica, confrontando os fatos que são apresentados, buscando a validação ou refutação da hipótese, na busca de obter maior compreensão sobre o tema. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de doutrinas e textos de autores nacionais.

2 A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Inicialmente é importante saber a origem do princípio da reserva do possível. Conforme Mânica (2007), ele advém do direito alemão, no qual foi aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal, em dois processos, relacionados ao acesso de estudantes ao curso de medicina em Universidades de Hamburgo e Munique. A corte alemã teve que decidir sobre a compatibilidade das normas estaduais que de alguma forma limitaram o acesso à educação, que é um direito fundamental dos cidadãos. Segundo o tribunal, a garantia de vagas para todos os candidatos, poderia afetar outros direitos fundamentais, visto que com a escassez de recursos do Estado, outros serviços ficariam sem a prestação jurisdicional.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) 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. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.188)

Para Mânica (2007), há uma discussão doutrinária em torno do conceito desse princípio, visto que existe a possibilidade de uma interpretação ampla, que acaba dificultando sua definição e aplicação real. Em vários lugares, a limitação dos requisitos exigidos pelo Estado com base nos direitos fundamentais deve ser considerada de forma razoável e proporcional. Mânica (2007, p.13), entende que a reserva do possível “não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social.” Este princípio não deve ser visto apenas para limitação, mas de maneira garantidora da prestação da jurisdição.

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.189)

Desta maneira, os direitos sociais e fundamentais são dependentes de recursos, políticas públicas, e da participação econômica disponível do Estado, exigindo um meio de delimitar as questões mais relevantes de interesse comum. Além das interpretações aqui analisadas, chega-se a uma possível conceituação desse princípio, não com a individualização dos direitos sociais, mas sim com a aplicação da disposição do Estado de efetivar a função social e atingir sua eficácia sem comprometer a execução de outros direitos. A Constituição Brasileira de 1988 incorpora em seu conteúdo os direitos fundamentais e sociais que devem ser garantidos à toda a sociedade, cabendo ao Legislador criar políticas públicas visando a efetividade destes direitos.

Com efeito, argumenta-se 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-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontra-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.186)

Estes direitos, aplicados a todos da sociedade de maneira geral é vinculado a prestação estatal, tendo um efeito econômico alto. O princípio da reserva do possível começou a ser utilizado no Brasil em ações que visam a concretização de direitos fundamentais e sociais, como, por exemplo, o da saúde, visto que o cidadão não possui uma resposta satisfatória do Estado. Oliveira e Souza (2018), demonstram que no direito alemão, é possível a aplicação, dado que os direitos sociais são positivados em normas, mas não possuem o cunho constitucional. Um dos pontos mais relevantes encontra-se na estrutura do país, na qual existe um padrão de vida mais elevado, uma situação econômica mais equilibrada, um maior acesso à educação.

No Brasil, porém, a realidade difere, pois, se trata de um Estado que ainda é muito dependente de seus líderes e a sua situação socioeconômica está em desenvolvimento, sendo que devem lidar diariamente com estado de extrema pobreza de seus cidadãos. De acordo com Oliveira e Souza (2018), o constituinte brasileiro teve a preocupação de resguardar o bem-estar da sociedade, de modo a garantir em seu texto condições do mínimo existencial para

sobrevivência, passando ao Poder Público o dever de concretização por meio da prestação estatal, integral e garantida.

Com isso, vemos uma mutação na interpretação, quando esse princípio é transmitido, para adequar sua aplicação em um país subdesenvolvido que possui um contexto histórico problemático. Embora esses direitos sejam importantes, o Estado não está plenamente comprometido e não faz todo o possível para torná-los efetivos, fugindo assim de sua constituição, e até mesmo buscando formas de contornar a obrigação desses benefícios.

Assim, nota-se a extrema importância do tema, visto que o Estado se encontra em uma pandemia, causada por uma doença agressiva com rápida disseminação, pois diante da escassez de recursos em relação ao direito à saúde, para combatê-la, pode inclusive, ter um possível colapso total desta área, obrigando ao Estado tomar medidas urgentes, extraordinárias e exorbitantes, para tentar compensar e suprir a lacuna na prestação jurisdicional deste direito social.

Por isto se torna extremamente importante questionar a posição deste princípio em frente ao direito social à saúde no Brasil, visto que é obrigação do Estado prestá-lo, pois ao se negar a efetivação deste, fere-se diretamente o texto constitucional, que, por se tratar da norma suprema do Estado Democrático Brasileiro, é de suma importância ser garantido e protegido. No entanto, o Estado carece de recursos e usa essa teoria para se libertar da efetiva provisão de tal direito. Por isto é necessário sempre buscar melhoria na prestação dos direitos sociais, principalmente o relacionado à saúde.

Assim como Mânica (2007, p.13) salienta, “a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, enquanto se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais”. Do mesmo modo subdividiu em duas dimensões, o princípio da reserva do possível, uma das quais é a reserva fática em que se analisa a situação financeira do Estado, e a outra que trata da dimensão jurídica em que a legalidade e competência do Ente responsável por fazer cumprir o direito.

Este entendimento encontra embasamento no sistema jurídico, dado que nas demandas levadas a ele, as decisões tendem a negar a utilização deste princípio como embasamento para justificar a falta de recurso financeiro, para concretização de direitos fundamentais e sociais. Como em epígrafe, um dos direitos sociais mais requisitados ao Estado brasileiro, é o direito social da saúde, que possui um número elevado de demandas no judiciário, conforme apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Entre as diversas

demandas, várias delas de caráter de urgência, vão desde pedidos de medicamentos, até de cirurgias complexas. Com essa interpretação deturpada fica corrompida a aplicação da reserva do possível, trazendo limitação da efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade financeira do Estado, fazendo com que se perca o próprio texto constitucional e suas garantias.

2.1 A dignidade da pessoa humana em relação à reserva do possível

De modo a compreender o embate entre um princípio fundamental da dignidade da pessoa humana com o princípio da reserva do possível, é necessário conhecer a origem e o conceito deste direito, previsto no artigo 1.º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988. Conforme Barroso (2010), a origem deste direito é religiosa, “bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus”, sendo todos iguais. Com a evolução das discussões sociais, este direito teve uma mudança a partir do iluminismo em que passou a tentar delimitá-lo através da filosofia com fundamentos na razão. No mesmo sentido vemos novamente uma nova ressignificação após a 2º guerra mundial, e a população viu a necessidade de garantir o direito à dignidade da pessoa humana mesmo que minimamente e fazendo ser agregada ao sistema jurídico mundial. A partir de dois movimentos:

O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional. (BARROSO, 2010, p.4)

Com o intuito de formalização deste direito inerente a todos os seres humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos compilou o que pode ser compreendido como ético e necessariamente o mínimo exigido para uma vida digna. A dignidade atualmente tem sua caracterização como uma qualidade inerente ao ser humano, que busca a proteção da vida digna de todo tratamento degradante e discriminação odiosa e garantia as mínimas condições materiais de sobrevivência. Portanto, este é um atributo pessoal, e nada tem a ver com a nacionalidade, escolhas políticas, orientação sexual, crenças e outras condições.

No mesmo sentido Bragato (2010, p.93) entende que a dignidade da pessoa humana se baseia no conceito de o “ser humano é pessoa, impondo-se, conseqüentemente, a

necessidade de respeitar os interesses básicos do ser humano na exata medida em que esses reclamarem proteção e respeito”. Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade da pessoa humana é listada como um princípio geral ou básico. Portanto, o Estado tem o dever de proteção, promovendo aos seus cidadãos, condições condignas para se ter uma vida saudável tanto materialmente como imaterial nas questões morais e éticas.

No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso, a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço. (BARROSO, p.31, 2010)

Por ser recepcionada no Brasil de modo a ajudar na solução de questões controversas, nas quais coloquem o cidadão em estado não condignos, a dignidade da pessoa humana é invocada como *última ratio* nas fundamentações, inclusive em tribunais superiores, para tratar de julgamentos entre a razão e a vida. Visto que este princípio é um mediador quando se trata de conflitos de normas, ele irá nortear o legislador e o intérprete da norma para se obter o melhor resultado em prol da dignidade do ser humano.

Assim, considerando que o direito social à saúde é uma forma de se garantir aos cidadãos uma vida digna, surge a questão: tal direito poderia ser sobreposto em razão do princípio da reserva do possível? Como acima descrito, a interpretação dada ao princípio da reserva do possível em solo pátrio, é corrompida, proporcionando uma dificuldade na sua aplicação. Como consequência, o Estado só é obrigado a cumprir a prestação dos direitos sociais, na medida em que os valores contidos nos “cofres públicos” estão disponíveis.

Desta forma pode-se compreender que o direito a um dos princípios fundamentais contido na atual Constituição brasileira, é posto em uma situação de menos apreciação do que outros princípios, não sendo verdadeiramente assegurado. Fato este que fere diretamente a dignidade do cidadão brasileiro, pois não se tem o atendimento necessário para garantir a sua saúde e o expõe, ao tentar reivindicar tal direito, sendo obrigado a exigir por meio do judiciário sua efetivação.

2.2 Direitos fundamentais em relação ao princípio da reserva do possível

Ao iniciar o estudo sobre direito fundamental, surgem as questões: do que se trata um direito fundamental? No ordenamento jurídico brasileiro como é classificado? Os princípios criados para ajudar na fundamentação destes direitos podem lhes sobrepor? Para buscar tais respostas, deve-se partir da ideia que a Constituição brasileira de 1988 não se trata apenas de uma norma jurídica mais sim, da norma “suprema” do ordenamento jurídico, logo possui uma hierarquia superior as outras normas.

As constituições conhecidas como cidadãs surgiram a partir do fim da primeira e Segunda Guerra Mundial, os horrores presenciados pela humanidade, criaram um sentimento de necessidade de paz universal. Adquirindo esta nomenclatura, pois buscavam consagrar em seus textos questões relacionadas a direitos fundamentais, sociais, até mesmo a separação dos poderes e a organização do Estado. Deste modo Barcellos (2000, p.163), compreende que “as normas constitucionais são normas jurídicas, isto é: são imperativas, existem para realizar-se e estão à disposição de todos os jurisdicionados.”

A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária à sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós positivista, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial. (BARROSO, 2013, p.6)

A Constituição Federal de 1988 também entra na classificação das Constituições cidadãs, dado que, abriu um leque de direitos e garantias fundamentais em seu texto. A garantia dos direitos fundamentais é inerente a todas as pessoas humanas, e como acima elucidado, ganhou maior relevância na atualidade. Estes direitos estão ligados diretamente à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e protegidos pelo Estado.

Além disso, podem ser considerados irrenunciáveis, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, já que não são passíveis de recusa. São inerentes ao ser humano, sendo, inclusive, impossibilitados de serem violados, vendidos ou até mesmo trocados. Neste sentido, a regra de prescrição não os atinge, de forma que podem ser exigidos de maneira integral a qualquer momento. É possível se ter acesso a eles a partir do artigo 5.º, caput da Constituição Federal de 1988, na qual se delimita algumas garantias e direitos fundamentais: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)” (BRASIL, 1988)

Mesmo possuindo a garantia constitucional, pode-se dizer que nenhum direito possui um caráter absoluto, logo obtém-se uma relativização destes ao se colidirem ou irem de encontro com outras normas fundamentais, ou princípios, como nos casos nos quais o cidadão possui o direito à saúde que depende da prestação estatal, e o Estado alega não possuir condições orçamentárias, para prestação da saúde. Neste sentido, ficam caracterizadas as limitações dos direitos e garantias fundamentais. Assim quando esse direito é relativizado, fica a cargo da proporcionalidade e da razão a sua aplicação ao caso concreto.

Ao se defrontar com estes casos, é importante entender: o que significa proporcionalidade? E a razão? E como fazer para atingi-los de maneira justa? Deve-se considerar que a razão é a capacidade de colocar em camadas e coordenar todo o conhecimento com base em princípios ou valores, partindo da ideia de que os princípios determinam a finalidade, a legitimidade e os devidos procedimentos jurídicos substantivos. Já a razoabilidade ou proporcionalidade exige dos agentes públicos a adoção da prudência, da adequação, buscando evitar comportamentos absurdos, bizarros, incoerentes ou que possam fugir do interesse popular. Portanto, o Estado só pode escolher livremente entre as opções razoáveis, ficando o comportamento irracional, impessoal ou individualista impedido de ser utilizado.

A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos;
Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação. (SILVA, 2002, p.31)

Contudo, ao se analisar a Constituição Federal de 1988, vemos que o poder constituinte originário deu um certo caráter absoluto a estes direitos a partir da sua fixação nas cláusulas pétreas, no artigo 60. Logo, obriga-se o Estado a garantir, ampliar e aplicar esses direitos, sendo-lhe vedado suprimi-los. Neste contexto, não se pode deixar de analisar a posição dos princípios da doutrina brasileira, que encontra dificuldade em fixar um conceito ou definição específica. No entanto, o que fica claro é que estes princípios são formas de se assegurar as ideias de um sistema, de modo a garantir um sentido lógico, racional e até mesmo uma melhor compreensão fática e jurídica, que orientará a aplicação das normas no caso concreto.

Segundo Alexy (2011), se vê que, porque as normas e os princípios diferem é que eles são a causa das normas ou de si próprias, mesmo que sejam, na verdade, argumentos ou códigos de conduta. Portanto, podemos dizer que na aplicação desses princípios, deve-se

considerar o comportamento social de cada país, ou seja, o seu desenvolvimento sustentável, pois as decisões só podem ser feitas de acordo com normas. Os direitos e garantias fundamentais dos princípios constitucionais, ou até mesmo princípios implícitos como o do reserva do possível, estão em conflito e devem ser conciliados.

Ao mesmo tempo, a chamada redemocratização que o país sofreu com a Constituição Federal de 1988, fez com que os tribunais recebessem mais autonomia e poder ao tratar de questões sociais e políticas. Assim, Mânica (2007, p. 7) aduz a necessidade de “interferência do Poder Judiciário na definição de políticas públicas é controversa, ela ganha novos contornos num momento em que se busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais.”

Então, mesmo que se tenha uma limitação de recursos financeiros que impeça a efetivação dos direitos sociais, as decisões do Poder Judiciário, irão exigir mais do que uma mera alegação de insuficiência ou escassez de recursos, ficando necessário a comprovação da exaustão orçamentária. Isto irá influir no chamado ativismo judicial, que será detalhado nos próximos capítulos, em que o Judiciário com intuito de proteger a constituição e os direitos sociais, interfere em políticas públicas.

A forma que esses tribunais receberam está diretamente vinculada ao processo de redemocratização que foi marcado, a despeito da atuação de inúmeros movimentos sociais, que demandavam formas ampliadas de exercício da cidadania, pelo advento de uma agenda neoliberal, apresentada desde o breve governo Collor, o que resultou em uma verdadeira “confluência perversa”: o projeto neoliberal se instala no mesmo momento histórico em que emergem as demandas por um projeto democrático participativo. O resultado dessa confluência perversa foi a estruturação de modelo de democracia com baixo índice de participação popular, na qual o mercado emerge como substitutivo da cidadania, por encarnar, supostamente as virtudes do moderno. Dessa forma, o regime democrático então emergente se configura de acordo com os ditames do modelo de democracia hegemônico, centrado na representação, baseado na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, no crescente déficit de representação e em uma inclusão política abstrata que oculta a exclusão social. Nesse contexto, a democracia brasileira pode ser descrita como de baixa intensidade, em que os cidadãos são afastados da política, na qual a corrupção é naturalizada. (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p.17)

Sempre que houver conflito de princípios, o intérprete deve buscar os sentidos opostos entre eles até obter informações harmoniosas, que visem a proporcionalidade e a razão, pois diante de um conflito não se pode renunciar a um princípio em razão de outro, mas sempre deve buscar o bem comum. Em alguns casos, esses princípios podem ser utilizados como uma garantia básica às normas de direitos. No entanto, em certas circunstâncias, se houver um conflito entre os princípios, deve-se pesar os princípios e suas aplicações.

Assim descreve Alexy (1999^a, p.75), “[...] o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto.”

Dentro deste pensamento, a possibilidade da utilização da reserva do possível se encontra em conflito os direitos fundamentais, sendo necessário que os responsáveis pela aplicação da lei, visando as garantias destes direitos, busquem o sentido integral do texto legal.

Eventualmente, os três poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem nutrir a aplicação das normas e princípios de maneira sensível, de forma que possam escolher proporcionalmente e razoavelmente as opções, conforme o caso concreto. Tendo isto como norte, o Estado possui a obrigação de distribuição de recursos, como acima descrito, de forma que atenda ao interesse comum, baseando-se no discernimento e aplicabilidade, sem deixar de aplicar um em razão de outro, muito menos aplicando a forma “corrompida” deste princípio. Assim, deve-se buscar sempre a solução que melhor possa resolver os conflitos, maximizando o efeito de modo a garantir uma vida livre e digna as pessoas humanas.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL E A RELAÇÃO COM O DIREITO SOCIAL DA SAÚDE

A princípio, as necessidades vitais que um ser humano deve e merece ter para viver, se tornou o ponto comum de discussão a partir das experiências pós-guerra, trazendo ao mundo princípios como o da dignidade humana em conjunto com o mínimo existencial. Sendo mais preciso, em 1954 na Alemanha, esta ideia ganhou amplitude ao ser utilizada pelo Tribunal Federal Administrativo a partir de uma determinação de que o Estado deveria prover o auxílio material ao ser humano.

Assim, Torres (1989, p. 30) traz que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.” Logo se visa um direito subjetivo, ligado ao princípio básico da dignidade da pessoa humana e com o contexto de liberdade material, de um estado social e garantidor. No entanto, não podemos precipitar na ideia de que tal teoria tenha se originado tão tardia. Os doutrinadores veem sua origem com vertentes mais antigas, como na filosofia, da qual veio a ideia de um direito natural, o homem feito a semelhança de Deus.

O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. (BARROSO, 2010, p. 26)

Por vezes, quando se determinava os governantes e soberanos de eras antigas o peso da soberania e do poder, estes eram sobrepostos aos seus súditos, tendo como prerrogativa um direito natural, assim como visto em teorias contratualistas. A partir desta ideia de “poder” se vê a necessidade de proteção daqueles que possuem menos poderes, direitos, riquezas e um meio de limitar os que possuíam em demasia. A necessidade de assegurar a liberdade do cidadão, e a tentativa de promover a igualdade entre eles obtém força, sempre se utilizando de uma “balança invisível” para controlar a sociedade e seus bens, de forma a não deixar que apenas pese o lado do mais forte, deixando os outros sucumbirem na falta do mínimo necessário para sobreviverem dignamente.

No entanto, na busca para definir, o mínimo existencial, pode-se acabar entrando em conflito com a distinção de pobreza. Para Torres (1989), é possível entender que a pobreza absoluta é tratada de forma obrigatória pelo estado, sendo vetada questões de ponderação neste caso. Já a pobreza considerada relativa, está conexas ao mínimo, pois trata de questões socioeconômicas e até mesmo a distribuição de bens. Nesta ideia de vida digna, deve ser considerada a igualdade como Barroso (2010, p.23), deixa claro em sua obra: “todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social, ou qualquer outra condição.”

Logo, para se ter uma noção do que seria o mínimo necessário, devemos analisar um cidadão no qual irá se basear o mínimo existencial para garantia da dignidade da pessoa humana. No Brasil, por exemplo, pode-se utilizar como base uma pessoa classificada como parte da classe social econômica média. Desta forma, presume-se que esse cidadão de classe média possui o necessário no que condiz a uma vida humana digna, pois, possui formas de obter a saúde básica, educação fundamental e moradia condigna, sem a interferência direta do Estado por força própria. Então as pessoas que não conseguem alcançar o mesmo patamar de força, para a obtenção de bens e direitos, necessitam do Estado para garantir uma igualdade, mesmo que mínima.

Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 179).

Então, na totalidade, o mínimo existencial não trata apenas de garantir ao ser humano um “mínimo vital”, sua definição abrange diversos patamares. Como acima demonstrado, os doutrinadores vislumbram a sua definição à luz da ideia de que, o mínimo existencial, é algo necessário não só para garantia, mas também para limitar um grupo majoritário em face de grupos minoritários, de forma a buscar a igualdade entre todos. Desta forma, o estado é obrigado a garantir um mínimo em relação à dignidade humana.

As oscilações de definição do mínimo existencial ocorrem tanto conforme o ano em que se aplica, quanto ao seu alcance. A aplicação do mínimo sofre diretamente com as influências da sociedade, assim como a mutação na sua definição decorre de influências históricas, religiosas, políticas e inclusive geográficas. Pois, em cada país o mínimo existencial é definido e aplicado diferentemente, visto que essa definição foi criada a partir da vivência e estrutura do local. O que se pode compreender de igualdade na interpretação do mínimo existencial, se encontra no interesse da sociedade de modo a garantir o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Para definir o conteúdo exato desses interesses, é necessário aplicar proporcionalidade e racionalidade a situações específicas. Em outras palavras, em um determinado contexto social e jurídico, a racionalidade e a proporcionalidade, como acima descrito, são necessárias para definir o conteúdo mínimo. No entanto, uma vez fixado o mínimo para garantir uma vida digna, eles não serão desconsiderados pelas restrições que de fato que podem limitar sua aplicação, pois o Estado é obrigado a proporcionar uma existência sadia, mesmo que mínima. Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador (BARROSO, 2010, p. 27).

Ou seja, diferente de normas de eficácia mediata, que necessitam de políticas públicas ou de outras normas para serem efetivadas, o constituinte originário ao tratar de direitos de suma importância, preocupou-se em dar-lhes eficácia, mesmo que mínima, independente de outras ações com o intuito de proteger o mínimo existencial do cidadão, não o deixando a mercê do Estado na espera de efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, é necessário colocar em discussão a escassez de recursos, principalmente por afetar diretamente o direito da saúde em sua prestação.

Ao se falar de escassez, o Estado deve saber definir as prioridades para melhor empregar seus recursos. Wang (2009, p. 2) descreve que “a escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências que, no que lhe concerne, pressupõe

preteridos.” No mesmo sentido, o autor possui uma visão da escassez no qual não se pode ser considerada absoluta, de forma a sobrepor os direitos fundamentais, mas sim um ponto do qual deve-se considerar ao decidir a aplicação dos recursos, mas não o único. Também é importante compreender que o Estado deve arcar com o custo do seu próprio funcionamento e o dos outros poderes.

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil, BNDES, 2000a), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do seu gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa cinquenta por cento ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. Ainda em pesquisa do BNDES (Brasil, BNDES, 2000b), com a função judiciária o conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes a 1999) (WANG, 2009, p. 3).

Então ao se relacionar os dados apresentados, vemos que os custos do Estado vão além dos direitos sociais, o que leva a uma limitação dos recursos, pois ele possui outras obrigações, que demandam tanto quanto os direitos sociais. A Constituição Federal de 1988 ou os documentos internacionais geralmente não estipulam de forma evidente o direito mínimo à subsistência, mas a condição do mínimo é amplamente reconhecida. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais no seu conjunto, e o seu conteúdo corresponde aos requisitos para o exercício dos direitos pessoais e políticos da autonomia privada e pública. O que é considerado pobreza relativa está relacionado ao mínimo, porque envolve questões socioeconômicas e até mesmo a distribuição de commodities.

Portanto, o requisito para a sobrevivência não é apenas garantir o mínimo para a vida humana, pois sua definição abrange vários níveis. Desta forma, o Estado é obrigado a garantir o mínimo relativo à dignidade humana, e mesmo para determinar o conteúdo exato desses interesses, é necessário aplicar a proporcionalidade e a racionalidade às situações específicas. Ou seja, em um dado contexto social e jurídico, a racionalidade e a proporcionalidade são necessárias para definir o conteúdo mínimo.

3.1 O estado atual do mínimo existencial em relação ao direito social a saúde brasileira

Com o advento das chamadas Constituições cidadãs, o mundo jurídico viu o surgimento de inúmeros direitos e garantias fundamentais possuírem uma aplicabilidade, com maior alcance e segurança. Sendo um dos principais pilares do novo sistema social democrático, a prevenção do necessário a uma vida digna em torno de um consenso do que seria o mínimo para isto. Torres (1989, p.29) entende que o mínimo existencial “abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável.” Desta forma, direitos como o direito à saúde, à alimentação e à moradia são definidos como direitos básicos para prestação prioritária.

Tais direitos no ordenamento jurídico possuem caráter fundamental, e sua força normativa vem da Constituição brasileira de 1988, tendo como principal ideia entorno destes direitos a garantia da vida humana. Neste ponto é necessária uma delimitação aprofundada sobre o direito social e fundamental à saúde. A saúde é um bem essencial para o homem, portanto, um objeto de proteção tanto como um direito humano, quanto como um direito fundamental. Seja no marco do direito internacional ou conforme o direito interno dos Estados e no sistema constitucional, é compartilhado o referido duplo fundamento formal e material, que qualifica corretamente os direitos básicos como tais.

Tal afirmativa decorre, pelo menos no que se refere ao Estado, diretamente da dicção do texto constitucional, que, no art. 196, prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, salientando a obrigação precipuamente estatal de proteção e efetivação desse direito. Isso não significa, todavia – a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva – que o dever fundamental de proteção (e promoção) da saúde não gera efeitos na esfera das relações entre particulares, uma vez que estes se encontram também vinculados (na condição de destinatários) às normas que asseguram direitos e impõe deveres fundamentais. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 197)

O reconhecimento da saúde no direito constitucional brasileiro é claro, no entanto, ele não possui delimitações do que se trata o tema ou o que seria o mínimo garantido pelo Estado. Barcellos (2000) entende ser necessária uma melhor definição deste direito para poder compreender a prestação que se deve exigir. O autor ainda mostra o caráter preventivo da saúde como sendo uma forma de reduzir a possibilidade de doença, deficiência ou estado terminal prematuro. Deste modo, as metas específicas são definidas por todos e para todos com o intuito de assegurar a saúde física e mental dos cidadãos.

No entanto, existe uma discussão quanto a classificação imediata ou mediata, assim como descrito por Clève (2011, p. 2), “emerge, aqui, todo um quadro doutrinário voltado a estabelecer o registro das normas constitucionais apartadas por um critério que considera a

possibilidade de aplicação imediata ou mediata.” A eficácia do direito social à saúde, ao ser previsto no artigo 196 da Constituição brasileira de 1988, obtém a característica mediata, possuindo eficácia limitada, pois necessita de uma política pública ou de outra norma para sua prestação e até mesmo atrapalha no requerimento deste direito a outros poderes.

Em outro entendimento, Sarlet e Figueiredo (2007) entendem que se trata de um direito fundamental ele possui a sua prestação de maneira imediata, logo não necessita de outro meio para sua efetivação, sendo uma característica de eficácia plena.

De qualquer modo, já é possível extrair da Constituição que necessariamente o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto a dimensão preventiva, quanto promocional e curativa da saúde, bastando uma rápida leitura do que dispõe o art. 196. Nesse sentido, ao referir-se à “recuperação”, a Constituição de 1988 conecta-se com a chamada “saúde curativa”, quer dizer, a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p.200)

Na busca da efetivação do direito social à saúde, o constituinte originário previu no texto constitucional, como em epígrafe, o Sistema Único de Saúde (SUS), através do qual está previsto o acesso de qualquer pessoa ou cidadão à saúde e a ações que visem uma vida saudável. Contudo, o direito à saúde não se limita a ser atendido em hospitais ou unidades básicas, pois embora o acesso aos serviços esteja relacionado como um direito básico, o direito à saúde também significa uma ampla garantia de qualidade de vida relacionada a outros direitos básicos.

A noção de direito à saúde expressa na Constituição afirma que as condições de saúde da população são resultantes do contexto econômico e social brasileiro que não se reduz à compreensão biomédica do processo saúde/doença. Ou seja, para uma população atingir padrões aceitáveis de saúde, é necessário, além de ações e serviços setoriais, políticas econômicas e sociais que assegurem a igualdade de condições de acesso aos serviços de saúde e ao desenvolvimento social (MATTA, 2007, p. 68).

O SUS não foi criado apenas com o intuito disponibilizar atendimentos em postos de saúde e hospitais para os cidadãos utilizarem quando precisarem. Para seu funcionamento, este deve seguir princípios, fundamentos e algumas diretrizes, sendo os princípios a universalização, a integralidade e a equidade. Ao se falar de universalização busca-se o direito à vida e à igualdade de acesso, sem qualquer categoria de distinção ou preconceito, pois todos têm o direito à saúde. Matta (2007, p. 67) defende que, “a saúde é um direito e não um serviço ao qual se tem acesso através de uma contribuição ou pagamento de qualquer espécie.” Isto representa a forma através da qual o cidadão deve receber a prestação deste direito, sendo

desobrigado de pagar contraprestações diretamente à instituição utilizada para ter acesso a uma saúde de qualidade.

A equidade é um princípio que visa a diminuição das desigualdades, uma vez que nem todas as pessoas que buscam um atendimento têm a mesma necessidade. É necessário entender o princípio da equidade no sentido de que, ao proporcionar um tratamento específico a um grupo, irá atingir resultados em saúde mais eficientes, principalmente em áreas mais carentes. Matta (2007, p.70) acredita que o maior desafio deste princípio é a construção de estratégias de forma a refletir “a participação e a emancipação cívica e social, expressas no texto constitucional e na luta histórica pelo direito à saúde no país.” Já o princípio da integralidade representa a consideração das pessoas na totalidade, visando o atendimento a todas as suas necessidades.

A Constituição afirma que o atendimento integral deve priorizar as ações preventivas, sem prejuízo das ações de assistência. Isso significa afirmar que o usuário do SUS tem o direito a serviços que atendam às suas necessidades, ou seja, da vacina ao transplante, com prioridade para o desenvolvimento de ações preventivas. Esta ênfase se deve ao quase abandono dessas ações de cunho coletivo e preventivo em saúde durante toda a ditadura militar. Por isso, a denominação sistema “único” de saúde. Não há dois sistemas, um para prevenção e outro para ações curativas. Isso significa dizer que na direção do SUS em cada esfera de governo devem ser organizadas ações e serviços que visem à integralidade. (Matta, 2007, p. 71)

Precisamente, a integralidade busca o atendimento integral em todas as ramificações do SUS, desde o atendimento Imediato, ao atendimento de prevenção e cuidado. Para que este sistema funcione e siga seus princípios é necessária uma forma de aplicação vasta e inclusiva. Neste sentido, o principal sistema de saúde nacional atua a partir da coexistência de subsistemas em cada estado e município, sendo desenvolvido em conjunto de maneira organizada e hierarquizada, tendo como foco a integração do atendimento da população.

Desta forma Brasil (2000), explica que os responsáveis pelo gerenciamento do SUS são representantes dos municípios, estados, Distrito Federal e da União de maneira solidária. Estes gestores exercem a direção através de órgãos públicos, sendo eles as Secretarias Municipais de Saúde (SMS), Secretarias Estaduais de Saúde (SES) e o Ministério da Saúde. É importante salientar que o funcionamento de todo o sistema demanda de recursos cruciais do Estado, sendo de responsabilidade deste delimitar questões orçamentárias como garantia da prestação anual da saúde.

Um dos pilares do sucesso do SUS até aqui centra-se na constituição e na forma de funcionamento dos fundos nacionais, estaduais e municipais da saúde. Esses fundos financiam o SUS. A constituição dos fundos de saúde é obrigatória e encontra-se com vinculação crescente de recursos nos três níveis de governo (...). Os fundos são remunerados automaticamente, uma vez cumpridos os critérios e os requisitos exigidos e pactuados. Assim, por exemplo, estados e municípios recebem depósitos diretos e automáticos de recursos em seus respectivos fundos de saúde provenientes do Fundo Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, mediante, tão somente, o cumprimento das obrigações inerentes a cada tipo de gestão do sistema e ou aos programas para os quais se habilitem. (BRASIL, 2000, p.15)

A partir disto se tem a coparticipação dos entes para o fundo. De acordo com a Constituição Federal de 1988, esta coparticipação é de dividida de forma a aplicar anualmente, no mínimo, 15% das arrecadações de impostos para a saúde. No entanto, mesmo com este investimento, os recursos necessários se encontram escassos na concretização do direito à saúde. Conforme o boletim da comissão Nacional Pró-SUS, o Brasil é um dos países mais ineficientes em relação à saúde por ainda apresentar superlotações dos hospitais e baixo índice de melhoria em sua rede de atendimento, uma vez que dentro de seu planejamento de melhorias entre os anos de 2011 a 2013 teve apenas 11% destas concluídas.

Por isto é importante analisar estes dados pela ótica dos princípios que regem este direito. Mesmo com o investimento anual de 15%, não se consegue garantir o alcance da saúde a todos os brasileiros, conforme descreve o princípio da universalidade. Quando se trata de tratamentos específicos que demandam do Estado um alto custo, alguns locais se negam a prestar ou não estão equipados para tal, fazendo com que o cidadão necessite efetivar este direito através do judiciário. Por consequência, se tem um crescente aumento nas demandas relacionadas ao assunto, conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocorreu “um aumento de cerca de 85% do número de demandas relativas ao direito à saúde”, e uma das principais demandas é a requisição ao direito aos medicamentos.

Dessa forma, é possível compreender que os princípios da equidade e integralidade sofrem defasagens frente ao Estado, responsável por proporcionar a todos estas garantias. Como descrito acima, entende-se que existe a aplicação do mínimo tanto na execução, quanto na preparação financeira para garantia do direito à saúde. No entanto, este mínimo não pode caracterizar o mínimo existencial, visto que não se é garantido o mesmo parâmetro a todos, tendo corrompido os próprios princípios que regem o SUS, dado que não é provido de maneira universal, integral e equitativa.

4 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL APLICADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em primeira análise a teoria do Estado de coisa Inconstitucional (ECI), é possível encontrar assimilações entre seu berço no direito colombiano e o brasileiro. De fato, as questões geográficas e seu passado colonial, demonstra as suas raízes no contexto político, socioeconômico e até mesmo cultural destes países. Santos e Pereira (2016) aduzem que as semelhanças estão inclusive nos índices de desigualdade social e na crise de representação da classe política, sendo possível aplicar experiências colombianas, com o intuito de solucionar problemas no Brasil.

A partir desta ideia e de um olhar com mais afinco ao direito colombiano, mais precisamente na década de 1990 na qual se fez o uso da teoria do ECI. A Colômbia passava por uma situação pela qual se tinha imensuráveis violações aos direitos fundamentais, apresentando grande impacto ao atingir a maior parte de sua população, pois, havia a omissão das autoridades públicas. Estas situações se agravavam a cada dia, principalmente devido ao fato de as autoridades se manterem inertes diante daqueles problemas. Por consequência, Lima (2018) caracteriza o nascimento do ECI a partir das decisões tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia que, com o tempo, estas decisões passaram por algumas evoluções jurisprudenciais não apenas reconhecendo o ECI, mas também concedendo a efetividade ao instituto.

“Estado de Coisa Inconstitucional” quando reconhece a presença de uma violação massiva de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotadas por inúmeras entidades. Nestes casos, o Tribunal pode, inclusive, reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer (SANTOS; PEREIRA, 2016, p.73).

De fato, com o ECI se tem a possibilidade da ação mais efetiva da corte, para impor ao Legislativo e ao Executivo algumas medidas que visem a solução das violações causadas pela sua omissão ou inércia, podendo também agir como supervisor da aplicação destas medidas. Por isto é essencial, ao se reconhecer este instituto, ter a consciência dos poderes que serão conferidos ao tribunal. Santos e Pereira (2016, p.73) aduzem que por esses poderes serem tão amplos, este instituto só poderá ser empregado em situações excepcionais nas quais

existam a “comprovação de que a intervenção da Corte é essencial para a reversão do quadro de graves violações de direitos fundamentais”.

Sobretudo, para a caracterização deste instituto é importante observar alguns pressupostos. Um deles é constatar violação massiva e generalista de algum direito fundamental que atinja uma abundância de pessoas. Outro pressuposto diz de quando se tem uma falha estrutural do Estado, na qual acontece a deterioração das ações dos poderes e, as possíveis medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais são violadas, agravando a situação vivenciada. Santos e Pereira (2016, p.74) vislumbram um último pressuposto de caracterização do ECI em razão do “possível congestionamento da justiça, se todos os lesados em seus direitos acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.”

Outrossim, no Brasil, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), buscou a configuração do ECI por meio da ADPF 347, visto que constatou a presença dos pressupostos acima demonstrados, no sistema penitenciário brasileiro. Por se tratar de um tema controverso e de difícil aceitação, por anos o sistema penitenciário vem sofrendo problemas estruturais que decorrem de ações e omissões dos poderes públicos. Magalhães (2019, p.5) explicita que o Relator Ministro Marco Aurélio, compreendeu que no caso em questão era possível a aplicação da “nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, o ECI.” Com isto reconheceu o estado lamentável no qual se encontra a população carcerária brasileira, e as várias violações aos direitos fundamentais e humanos que ocorrem neste espaço.

O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. Alega que o procedimento poderia reduzir a superlotação prisional. Sustenta a sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. O Poder Legislativo estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal. (BRASIL, 2015, p.4)

Por fim, ao evidenciar o posicionamento de cada poder, o ministro deixa claro em seu voto, a responsabilidade solidária sobre as consequências do estado atual da população carcerária. Além disto, demonstra que para o funcionamento estatal é indispensável a conexão das ações do judiciário, legislativo e executivo. No entanto, falar em harmonia/conexão com a declaração de ECI, não é falar em sobreposição ou obtenção de funções pelo judiciário. Neste sentido, o relator Ministro Marco Aurélio (2015, p.7), aduz que “impor aos Poderes Públicos

a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação”, são os poderes que o juiz constitucional recebe ao ser declarado o ECI, não corroborando com a ideia de colocação acima do Legislativo e Executivo.

O Estado de Coisas Inconstitucional não pressupõe a anulação da capacidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo; tampouco ofende o espaço legítimo de deliberação democrática. Sua própria sistemática de solução de litígios estruturais aponta para a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos poderes estatais. (SANTOS; PEREIRA, 2016, p.73)

Sob o mesmo ponto de vista, como ECI se tem uma ressignificação do princípio da separação dos Poderes, pois na sua interpretação com caráter absoluto e formal, não se vislumbra o modelo de compartilhamento contido no ECI, sendo necessária uma aplicação mais atual e contextualiza ao estado. Assim Maldonado (2003, p.17) aduz que “será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos.” Desta forma, as principais mudanças com o instituto do Estado de Coisa Inconstitucional se encontram em sua própria definição, que dependem da existência dos pressupostos de caracterização, sendo o litígio estrutural de uma questão controversa, que não se tem respostas eficientes, a violação massiva dos direitos fundamentais e a deliberada omissão por parte dos poderes públicos.

Portanto, ao se falar do ECI a atuação ativa do poder judiciário, estará no acompanhamento das políticas/medidas públicas que serão utilizadas na tentativa de modificação, dos atos lesivos causados nos direitos fundamentais. Buscando alcançar o cociente de satisfatório através de diálogo e agilidade na tomada de decisões em conjunto com os outros poderes estatais. Sendo assim, pode se concluir que o ECI é um mecanismo excepcional que introduz o movimento de inúmeras engrenagens tradicionalmente estabilizadas pela teoria do direito e pela teoria do estado. E demonstra as características da supremacia judicial pura e simples, pois serão as grandes potências da república que cooperando em ações conjuntas e recíprocas para resolver o problema em questão.

4.1 Aplicação do estado de coisa inconstitucional no Brasil e a sua possível configuração no estado atual da saúde

A princípio, o instituto do Estado de coisa Inconstitucional (ECI), foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro na decisão da ADPF 347, no qual os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), entenderam que o sistema penitenciário se enquadra na definição do ECI, como acima demonstrado. Este marco no direito brasileiro, trouxe uma gama de novas doutrinas na decisão tomada pelos ministros. A partir disto, o judiciário começou a ser provocado por várias instituições que buscavam o reconhecimento do ECI. Como exemplo apresentado por Magalhães (2019), a ADPF 404/DF que foi indeferida, tratava sobre a contratação de funcionários temporários.

Não seria possível alegar o ECI no caso (ADPF 404), mecanismo excepcional de atuação jurisdicional, ante a paralisia institucional extraordinária, no sistema prisional por meio da ilegalidade na contratação de agentes penitenciários, mesmo porque tal instituto não serviria para impugnar atos administrativos tidos como ilegais ou abusivos, ainda que reiterados, no âmbito de ente federado. (MAGALHÃES, 2019, p.10)

Desta forma, pode-se afirmar que é importante se ter todos os pressupostos, sendo eles; i) situação de violação generalizada do direito social e fundamental da saúde e da dignidade humana; ii) inércia/omissão dos três poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) para cumprir suas responsabilidades na garantia destes direitos; e, como descrito por Magalhães (2019), a iii) “superação das transgressões, de modo que exija a atuação de todas as autoridades políticas” no voto do relator na ADPF 347, abre alguns questionamentos em relação à demonstração destes requisitos, ao se falar do direito social da saúde.

Em suas palavras, o Ministro Marco Aurélio (2015) elucidou como exemplificação que o direito social à saúde não poderia ser considerado nesse instituto, dado que possui apelo nas pautas políticas para solução. No mesmo diapasão, demonstra serem inúmeros os déficits de eficiência na prestação deste direito que, inclusive, encontra-se em demasiado apelo por meio judicial aumentando significativamente o número de ações individuais. Mas isto não acarretaria um risco de piora “significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional”, de acordo com Ministro Marco Aurélio (2015, p.15).

No entanto, mesmo sendo um direito com apelo democrático, é visível o aumento de violações à saúde brasileira, principalmente no estado atual que passa por uma pandemia. Conforme dados apresentados pela plataforma politize (2018), o SUS atende 75% da população brasileira de maneira exclusiva e outros 25% dos cidadãos utilizam a saúde suplementar/privada. O valor investido para garantia destes cidadãos por parte do estado é de

R\$103 bilhões, diferente da suplementar que investe R\$90,5 bilhões por ano. Desta forma, pode-se afirmar que os gastos com pacientes na saúde suplementar são três vezes maiores do que na saúde pública. No mesmo sentido é apontada a existência de escassez quando se trata de médicos para o atendimento no SUS. Segundo os dados apresentados no artigo de Scheffer (2020), o país possui 2,38 médicos para cada mil habitantes.

As 48 cidades brasileiras com mais de 500 mil habitantes têm, juntas, a razão de 4,89 médicos por mil habitantes (...). Para se ter uma ideia da dimensão da desigualdade, esses municípios reúnem 31,7% de toda a população do país e contam com 62,4% de todos os médicos. Já 1.253 municípios com até 5 mil moradores têm 0,37 médico por mil habitantes (...). Nessas localidades vivem 4,2 milhões de pessoas, que são atendidas por 1.557 médicos. A situação é semelhante nos 1.199 municípios que têm de 5 a 10 mil moradores: eles reúnem 8,5 milhões de pessoas e 3.269 médicos, uma razão de 0,38 médico por mil habitantes. (SCHEFFER, 2020, p. 56)

Com as diretrizes traçadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), contra o vírus da Covid-19, causador da pandemia atual, ficou demonstrado que o Brasil não possui capacidade mínima de leitos para atender a população. Conforme apontado por Flach e Riveira (2020), cerca de 600 municípios brasileiros possuem apenas 1 leito para cada 10.000 habitantes, sendo que a recomendação feita pela OMS, antes da pandemia, era que os países tivessem no mínimo, 3 leitos disponíveis em unidades de terapia intensiva (UTI) para cada 10 mil habitantes.

Ao demonstrar estes dados, juntamente com a constatação de uma média de 500 mortos que aguardavam a disponibilidade de leitos de UTI e enfermaria somente no estado brasileiro do Paraná no mês de março em 2021, pode-se notar que o colapso atual do SUS se deu por diversas violações acumuladas desde sua implementação que foram ignoradas ou tratadas de maneira indulgente pelos poderes públicos. Como resultado, ao se enfrentar uma doença agressiva, tem-se o colapso total, elevando os índices de mortalidade, conforme demonstrado por Manzano e Silva (2021), ao retratar um cenário triste e assustador.

Deve-se ter em mente que a situação atual tem caráter excepcional, devendo evidenciar questões já tratadas antes da pandemia no contexto de colapso do direito social da saúde. Dentre estas questões, estão a falta de medicamentos, a espera demasiada para atendimento, a falta de médicos e estrutura para atendimento dos cidadãos. Magalhães (2018, p.3), aponta que a escassez de investimento em 2018, que foi “apenas 3,6% do orçamento do governo federal foi destinada à saúde. A média mundial é de 11,7%.”

Desta forma, é possível a caracterização do pressuposto da violação do direito fundamental e social à saúde, dado que esta violação é generalizada e atinge inúmeros cidadãos brasileiros que são dependentes do SUS. Mesmo com o posicionamento do Ministro Marco Aurelio, acima demonstrado, sendo ou não uma das maiores pautas das políticas, ainda é pouco eficaz na tentativa de efetivamente solucionar os problemas da saúde.

Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. (BRASIL, 2015).

Isso fica claro ao se notar a crescente “judicialização da saúde”, que será trabalhada no próximo título, como busca de efetivação do direito. Como acima citado, os números de demandas no judiciário aumentaram exponencialmente, demonstrando que a saúde brasileira se enquadra em outro requisito da ECI, pois ao ocorrer o congestionamento da justiça, nos quais os lesados acorrem individualmente buscando o seu direito pode, de certa forma, “furar a fila”, e gerar ao estado mais gastos com apenas um paciente do que estava previsto, prejudicando outros.

Nesse contexto, é possível verificar que as diretrizes do SUS estão sendo violadas gradativamente e o posicionamento dos poderes vincula a ideia de omissão perante estas questões. Logo, fica caracterizado que a saúde brasileira está enquadrada no instituto de Estado de Coisa Inconstitucional, tornando necessário um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de proteção/solução dos problemas apresentados.

4.2 O ativismo judicial no Estado Democrático e suas implicações com a chamada “judicialização da saúde”

Para melhor desenvolver uma forma de utilização do ativismo judicial, é preciso evidenciar seu significado literal, visto que influirá diretamente no estado democrático. Desta forma, Garau, Mulatinho e Reis (2015, p.192) veem que certas situações como economia e política, inclusive processos sociais, “acarretam mudanças na estrutura do Estado, gerando um modelo intervencionista”, pois o Estado passa a se preocupar com questões sociais e econômicas. Assim com um posicionamento social, a figura de imparcialidade é difícil de ser aplicada, pois ficam complexas as relações entre o Estado e o cidadão. Visto isto, quando se tratam de demandas sociais que atingem toda a sociedade, necessita que o juiz tome uma decisão baseada na proporcionalidade e razoabilidade.

No bojo dessa nova racionalidade jurídica, insere-se o denominado ativismo judicial. Trata-se de termo usado com múltiplos significados, mas que, de forma geral, está vinculado à tendência de invalidação de atos governamentais por meio de controle de constitucionalidade, ao desrespeito dos precedentes e, ainda, decisões orientadas a obtenção de resultados previamente eleitos. Dessa forma, pode-se aproximar o ativismo judicial à própria criação judicial do direito. (GARAU, MULATINHO E REIS, 2015, p.192)

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, o Supremo Tribunal Federal ficou consagrado como o poder competente para protegê-la. Também, em seu artigo 5º, no inciso XXXV, promoveu a proteção ao direito ao não permitir que o Judiciário deixe de apreciar lesão ou ameaça ao direito. Desta forma, para efetivar a proteção dos direitos sociais e do texto constitucional, a proteção da Constituição Federal de 1988 é feita por meio do controle de constitucionalidade. Assim, para a garantia dos seus direitos, o cidadão aciona o poder judiciário, que não pode se abster de analisar tais demandas, ocorrendo a chamada judicialização da política, pois, para poder efetivá-los o poder judiciário utiliza de atividades que não são sua competência típica para solução. Em determinadas ocasiões a solução é a criação de leis ou políticas públicas, que são de competência dos poderes Legislativo ou Executivo.

Contudo, dentro deste conteúdo, a separação de poderes considerada tradicional deve ser superada, pois, mesmo que na Constituição Federal de 1988 tenha normatizado a função típica do Judiciário, Legislativo e Executivo, não a torna privativa de apenas um. Assim, as funções pré-determinadas são exercidas com preferência ao poder no qual a constituição determinou competente, mas todos os poderes podem compartilhar entre si o exercício delas.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstancias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p.118)

Desse modo, Mânica (2007, p.11), entende “a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas”, mas não das definições delas, e sim da reverência ao texto constitucional. Com os poderes proporcionados pela Constituição Federal de 1988, o poder Judiciário possui o controle de constitucionalidade, trazendo relevância ao termo ativismo judicial, de forma que se tornou fundamental para a materialização dos

direitos sociais, pois, ao ser violado ou negado o direito do cidadão, aciona-se o Judiciário buscando solução para sua lide.

Com essa análise, percebe-se que o ativismo judicial situa-se na interseção entre o mundo jurídico e o mundo político. O ativismo judicial está relacionado com a incapacidade das instituições políticas de oferecer espaço para a realização das demandas populares. Assim, o ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da política em relação à tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. (GARAU, MULATINHO E REIS, 2015, p.193)

Neste sentido, a partir das discussões em relação aos direitos sociais, o juiz deve se basear no bem comum e na segurança legal da constituição. Por isto, ao se ferir diretamente estes direitos, a Corte Constitucional possui a responsabilidade em decidir se cabe ao Estado de Coisa Inconstitucional, como tratado em epígrafe, ao direito social à saúde. Ademais, Garau, Mulatinho e Reis (2015, p.197), aduzem que o “Estado Social, intervencionista, afasta a figura de um juiz inerte”, de forma que o juiz deixa de atuar como um mero espectador, agindo de modo a cumprir as leis, e não expressando compromisso com o ideal de justiça, mas buscando utilizar novas formas de solução de conflitos além aqueles puramente jurídicos.

Arquitetura institucional então consagrada revela a proeminência do Poder Executivo em detrimento do poder Legislativo, o que demonstra desde já que o Estado brasileiro então configurado também está impregnado da superação da teoria da separação de poderes clássica. Em relação ao Poder Judiciário, cumpre ressaltar que a Constituição de 1988 consagrou em seu texto desejos sociais e políticos, vinculados aos ideais de igualdade material e redistribuição de renda no jargão dos direitos. Essa ampliação do rol de direitos e o consequente fortalecimento das competências do STF e do poder judiciário como um todo ensejaram a evasão de temas políticos para dentro do judiciário, em um processo frequentemente denominado como “judicialização”. (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p.201)

Visto que no modelo de democracia aplicado no Brasil o cidadão não participa efetivamente das políticas públicas responsáveis pela efetivação dos seus direitos e, diante dos efeitos das violações ao direito social à saúde, as questões controversas sobre a saúde que não possuem uma solução por meio do Legislativo ou executivo, competentes para tratar deste tema, são levadas ao Judiciário, causando a chamada judicialização da saúde. Em consequência disto, há um acúmulo de demandas relacionadas ao tema, gerando ao Estado custos altos na satisfação deste direito, pois, ao se obrigar custear tratamentos com altos custos causa *déficits* no orçamento programado pelo Executivo para o ano corrente.

No mesmo sentido, Santos e Pereira (2016, p.78) aduzem que “multiplicam-se pelas nossas cortes de justiça decisões de juízes que condenam os diferentes entes públicos a prestar

determinados serviços para a satisfação de direitos sociais” que, por vezes, possuem um valor muito elevado, impossibilitando o atendimento de outros, atingindo a escassez dos recursos. Desta forma, é possível apontar um lado negativo desta intervenção do Judiciário, levando a entender o ativismo judicial como um ponto negativo para as contas públicas e o equilíbrio orçamentário. No entanto, Ramos (2015, p.112) não compreende conceito de ativismo judicial como negativo, pois “ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo””, possuindo assim, o intuito de proteção das normas consagradas pelo Legislativo, garantindo os padrões por eles normatizados, a partir de uma atuação do Judiciário ativa.

No entanto, assim como Garau, Mulatinho e Reis (2015, p.204) anuem, “a concretização dos fins do estado social exige-se uma atuação dos juízes para além da simples subsunção da lei”, principalmente quando, para se desresponsabilizar de uma prestação, utilizam do princípio da reserva do possível e exige que seja demonstrado a exaustão orçamentaria, assim como demonstrado no primeiro capítulo. Afim de se obter uma melhor resposta dos três poderes, o juiz deve prezar pela harmonia entre o Judiciário, legislativo e Executivo, utilizando a razão e a proporcionalidade ao se julgar o bem comum e as questões financeiras.

Por isto, é necessário pensar em um ativismo judicial positivo, que também é trazido por Lima (2018) como estrutural dialógico, pelo qual não se tem apenas uma intervenção do juiz, mas sim propicia o diálogo entre os entes Legislativo, Executivo, Judiciário e a sociedade.

A evidência da falta – e, ao mesmo tempo, da urgência – de coordenação no controle judicial das políticas de saúde, associada ao quadro de massiva violação de direitos sociais fundamentais e de inércia do Poder Público, nos permite concluir que, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira, abre-se o caminho para o conserto das práticas institucionais por meio de soluções sistêmicas e estruturais. O chamado ao ativismo judicial estrutural, que se faz cada vez mais sonoro entre nós, precisa ser respondido com vigor pelo juiz constitucional, a fim de se construa, efetivamente, um estado de constitucionalidade, com plena garantia ao direito à saúde. (SANTOS; PEREIRA, 2018, p. 81)

Nesse contexto, o uso dessas normas técnicas na solução de problemas políticos através do poder Judiciário, descreve a sociedade contemporânea, que necessita da proteção constitucional na garantia de seus direitos fundamentais e sociais. Por meio desse parâmetro, ao esmerar-se ao cuidado da Constituição Federal, deve-se exercê-lo para ser possível a sua concretização por um meio mais adequado e sociável. Nesse sentido, quando o juiz se

considerar possuidor de conhecimentos técnicos como o ECI, ele irá efetuar uma decisão a autoridade, diminuindo a distância entre os cidadãos e a esfera política. Nestes termos, o ativismo judicial é um componente dessa alienação na busca de harmonia entre os entes governamentais e a sociedade, que é uma das características da atual democracia.

CONCLUSÕES

O Direito social à Saúde é considerado universal, integral e social, de responsabilidade estatal para sua efetivação. Como uma forma de limitação a este direito, o princípio da reserva do possível é utilizado, visto que é interpretado no sentido de que o Estado possui a responsabilidade enquanto possuir condições financeiras para tanto. Contudo, sua definição retrata que somente se pode demandar do Estado algo que seja considerado razoável, ou seja, uma forma de justificar a limitação de alguns direitos. Por isto o tema desta monografia é a aplicação da reserva do possível nas demandas jurídicas que envolvam o direito à saúde no cenário de estado de coisa inconstitucional.

Desta forma, com a crescente gama de direitos fundamentais e sociais, se tem uma maior responsabilidade de resposta em relação à concretização desses direitos, tendo como consequência um aumento na escassez de alguns recursos necessários para sua efetivação. A partir deste fundamento, fica evidente a notabilidade que o tema possui para a sociedade atual, que se encontra em uma pandemia causada pelo COVID-19 e a saúde de todos os seres humanos correm grande risco. Todavia, a reserva do possível não é definida a partir da ideia de dependência financeira, mas sim de uma situação discricionária, sendo que os administradores do Estado devem promover a análise financeira, computando os gastos com os direitos sociais para não ocorrer falta.

Em vista disto desperta consideravelmente o debate na compatibilidade deste princípio em frente ao direito da saúde no Brasil, visto que é um ônus do Estado. Com a contestação na consumação do direito, lesa a Constituição Federal de 1988, que possui as normas e diretrizes garantidoras do Estado brasileiro. Contudo, o desprovimento de recursos que abate sobre o país, força a utilização do conceito corrompido da reserva do possível para se libertar da efetiva provisão do direito social da saúde.

Ao ser analisada a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e a sua origem, é possível compreender que o princípio da reserva do possível, foi compartimentalizado em duas dimensões, uma das quais é a reserva factual para análise da situação financeira do país. Da mesma forma, ao examinar os direitos fundamentais que estão em xeque com a reserva do

possível, se tem a dignidade humana que é listada como um princípio geral ou básico, portanto, necessário, pois visa o respeito aos interesses básicos das pessoas na exata extensão do ser humano, que deve ser protegido e respeitado. Sendo sua proteção de suma importância, devido a promover condições dignas à vida humana, de modo que o indivíduo possa desfrutar de uma vida saudável, material e imaterialmente em termos morais e éticos.

Deste modo, fica claro a negativa nas alegações da reserva do possível para limitação deste direito fundamental incluso na Constituição Federal, pois a invocação da dignidade humana deve prezar pelo bem comum e não ser apenas um argumento básico ou uma decoração retórica. Em vista da abrangência do rol de direitos básicos, se tem o uso mais abstrato princípio da dignidade humana sendo utilizada na solução de conflitos entre direitos e princípios para contrapor nas decisões de forma a proteger a vida digna. Quando ocorre esse conflito do princípio com o direito fundamental, o intérprete deve buscar significados opostos entre eles, até obter a informação harmoniosa de proporcionalidade e racionalidade, pois, diante do conflito, um princípio não pode ser abandonado por outro princípio, mas sim buscar um quociente comum.

Com o estudo do mínimo existencial, entende-se que ele corresponde ao direito do mínimo de subsistência do cidadão, sendo uma maneira de se garantir a dignidade da pessoa humana, estando assim interligados. Sendo considerado o núcleo dos direitos fundamentais em sua totalidade, seu conteúdo corresponde aos requisitos para o exercício de direitos pessoais e políticos, autonomia privada e pública. No Brasil, se vê refletindo a conexão entre o mínimo existencial com a saúde social por se tratar de um direito básico, que visa a garantia de uma vida digna e saudável, sendo de responsabilidade estatal sua prestação. Deste modo, um cidadão que não possui condições de custear a própria saúde, deve tê-la por meio do Estado.

Por vezes, o requisito mínimo de sobrevivência não é apenas garantir a necessidade mínima de vida humana, porque sua definição abrange vários níveis. Desta forma, o Estado é obrigado a garantir o mínimo de dignidade humana, e mesmo para determinar o conteúdo exato desses interesses, é necessário aplicar proporcionalidade e racionalidade às situações específicas. Ou seja, em um determinado contexto social e legal, a racionalidade e a proporcionalidade são necessárias para definir o conteúdo mínimo.

Por isto, ao se falar de ligação com direito social à saúde, não é garantido o mínimo, visto que possui sua prestação ineficiente, o que não proporciona a todos a universalidade deste direito. Além disso, é possível intencionar que os princípios de igualdade e equidade

também sofrem, pois, o estado responsável por fornecer todas essas garantias não as preenche de maneira mínima. Assim, na saúde brasileira não se pode caracterizar o mínimo existencial, já que o mesmo parâmetro de saúde não é garantido para todos. Deste modo, pode-se observar que os princípios criados para garantia do funcionamento do SUS ainda se deterioram, porque não são proporcionados e, ao se constatar as violações à saúde, em específico ao SUS, se torna necessário o papel ativo do Judiciário para garantir o direito constitucional.

Diante de tais alegações, fica evidente a necessidade de compreender o Estado de Coisa Inconstitucional para uma melhor aplicação e seguridade dos direitos, visando corrigir as várias violações cometidas contra a saúde. Este instituto avalia a situação dos direitos sociais, não só com uma visão financeira, mas sim na totalidade, proporcionando ao juiz constitucional poderes para aplicar as chamadas medidas judiciais estruturais, permitindo um posicionamento diante das inúmeras violações para se ter uma melhor solução utilizando o Legislativo, o Executivo e o Judiciário trabalhando em conjunto.

REFERÊNCIAS

ANGELUCCI, Paola D'urso. Mínimo existencial: conceito e conteúdo. **Unoesc International Legal Seminar**, p. 947–958, 2014. Disponível em: <http://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4213/3460>. Acesso em: 20 nov. 2021.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. FGVS, Rio de Janeiro, 01 julho 1999a. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 22 jan. 2022.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. FGVS, Rio de Janeiro, 01 julho 1999b. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>. Acesso em: 22 jan. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos Princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1998. **Revista de Direito Administrativo FGV**. vol. 221/2000. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588>>01/07/2000. Acesso em: 20 nov. 2021.

Revista Nova Hileia. Vol. 11. Nº 1, Julho-Dezembro 2021.
ISSN: 2525-4537

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Jurisdição Constitucional e Debates Públicos*, 11 de dez. 2010. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3. ed. São Paulo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **A Leitura**: caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, v.6, n. 10, maio, 2013.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. A Definição De Pessoa E De Dignidade Humana E Suas Implicações Práticas. **Direitos fundamentais & justiça**. v.13, p.78-95, 2010. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/414> Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC**. Custodiado – Integridade Física E Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 05 abr. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: princípios e conquistas. Brasília - DF: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. **Judicialização da Saúde**: perfil das demandas, causas e propostas de solução (Inspet). Conselho Nacional de Justiça. 2019.

CARVALHO, Talita. Saúde Pública: um panorama do Brasil. **Politize**, 2018. Disponível em: <http://www.politize.com.br/panorama-da-saude>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. vol. 3. p. 239. ago. 2011.

COMISSÃO NACIONAL PRÓ-SUS. **Boletim da Comissão Nacional Pró-Sus** - nº 23 - abr./2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos** (Escola Paulista da Magistratura), [s. l.], ed. 40, p. 6, abr./jun 2015. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=23109>. Acesso em: 03 nov. 2021.

FLACH, Natália; RIVEIRA, Carolina. Só 10% das cidades do país têm a quantidade mínima de leitos segundo OMS. **Revista digital Exame**, 2020. Disponível em: <http://exame.com/brasil/so-10-das-cidades-do-pais-tem-a-quantidade-minima-de-leitos-segundo-oms/>. Acesso em: 04 abr. 2021.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3108>. Acessos em: 04 nov. 2021.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 9, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545>. Acesso em: 03 nov. 2021.

LIMA, Rodrigo de Luna. O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, ano 2018, v. 10, n. 2527-0206, ed. 2, Jul/dez. 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-7.pdf>. Acessos em: 04 nov. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v.15, n.2, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf> Acesso em: 4 abr. 2021.

MAGALHÃES, Lana. Saúde Pública no Brasil. **Revista digital toda matéria**, 2018. Disponível em: <http://www.todamateria.com.br/saude-publica-no-brasil/> Acesso em: 04 abr. 2021.

MALDONADO, Maurilio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: Desenvolvimento No Estado Brasileiro. **Revista Jurídica "9 de julho"**, São Paulo, p. 195 - 214, 09 jul. 2003. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acessos em: 04 ago. 2021.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/?s=Teoria+da+Reserva+do+Poss%C3%ADvel%3A+Direitos+Fundamenta&post_type=artigos-fm. Acesso em: 04 ago. 2021.

MANZANO, Fábio; SILVA, Camila Rodrigues. Mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira. 2021. Por Fábio Manzano e Camila Rodrigues da Silva. **Revista digital G1**, 2021. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/20/mortes-na-fila-por-um-leito-de->

Revista Nova Hileia. Vol. 11. Nº 1, Julho-Dezembro 2021.
ISSN: 2525-4537

uti-falta-de-insumos-e-funerarias-sem-ferias-os-sinais-do-colapso-na-saude-brasileira.ghtml.
Acesso em: 04 abr. 2021.

MARQUES, Fabio. O que se entende por Estado de Coisas Inconstitucional? **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <http://fabiomarques2006.jusbrasil.com.br/artigos/296134766/o-que-se-entende-por-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 04 abr. 2021.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G. C.; MOURA, A. L. **Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro, 2007.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da Inaplicabilidade Da Teoria Da Reserva Do Possível No Contexto Jurídico-Social Brasileiro: O Estado Social Como Garantidor Do Direito Fundamental À Saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, ano 2018, v. 12, ed. 2, Jul/dez. 2018. Disponível em: <http://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/146/184>. Acesso em: 03 nov. 2021.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 19 mar. 2021.

SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Em busca de alternativas para a judicialização da saúde: o estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Brasília, ano 2016, v. 2, n. 2525-9881, ed. 1, p. 67-84, Jun/Jul. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/544>. Acessos em: 03 nov. 2021.

SCHEFFER, M. et al., **Demografia Médica no Brasil 2020**. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Reserva do possível, direitos fundamentais e autocontenção dos poderes: uma nova perspectiva. Conselho da Justiça Federal (CJF). **Revista CEJ**, Brasília, v. 20, n. 69, p. 85-96, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109727>. Acesso em: 03 nov. 2021.

TORRES, Ricardo lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo FGV**. v. 177 (1989). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 19 mar. 2021.

Revista Nova Hileia. Vol. 11. Nº 1, Julho-Dezembro 2021.
ISSN: 2525-4537

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito SP FGV**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35163/33968>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Data de submissão: 20 de maio de 2022.
Data de aprovação: 06 de junho de 2022