

A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAISEM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19

THE RESERVE OF THE POSSIBLE AS A LIMIT TO THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN THE FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

João Gualberto Gonçalves e Silva¹
Mara Darcanchy²

RESUMO

O mundo enfrenta, desde o final do ano de 2019, inúmeros problemas decorrentes do novo coronavírus, o coronavírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, tanto que foi decretado o estado de pandemia ainda em março de 2020. Nesse cenário inúmeras são as medidas adotadas pelos Poderes Públicos para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, embora os recursos orçamentários e, conseqüentemente, a reserva do possível, não raras vezes se apresenta como um limitador. Logo, a judicialização da saúde ganha relevo, com vistas a efetivar o mínimo existencial e assegurar a efetivação do direito à saúde. Este estudo tem por objetivo principal analisar a reserva do possível como limite à efetividade dos direitos sociais em tempos de pandemia da Covid-19, no Brasil. Na pesquisa foi utilizado o método é hipotético-dedutivo, descritivo e bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Saúde. Efetivação. Reserva do Possível. Judicialização.

¹Doutorando no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Mestre pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Regulatório e Responsabilidade Social da Universidade Ibirapuera de São Paulo - (UNIB); Possui graduação em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde de Cairu e graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Atualmente é Assessor Jurídico e Consultor Tributário de instituições de ensino superior; Conferencista, Autor, Pesquisador integrante de Grupos de Pesquisa certificados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (DGP/CNPq) e Professor da Universidade Católica do Salvador e da União Metropolitana de Educação e Cultura.

²Pós-doutora em Diritto Internazionale pela Università degli Studi di Perugia – Itália e Bi-Pós-Doc em Direito Empresarial e Cidadania – Brasil. Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Especialista em Direito pela USP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Unifacvest/SC; Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Unicuriitiba/PR e Pesquisadora Senior CNPq.

ABSTRACT

Since the end of 2019, the world has faced numerous problems arising from the new coronavirus, the SARS-CoV-2 coronavirus, which causes Covid-19, so much so that the state of a pandemic was decreed in March 2020. In this scenario, countless are the measures adopted by the Public Authorities to face the Covid-19 pandemic, although budget resources and, consequently, the reserve of the possible, not infrequently presents itself as a limiting factor. Therefore, the judicialization of health gains importance, with a view to achieving the existential minimum and ensuring the realization of the right to health. The main objective of this study is to analyze the reserve of the possible as a limit to the effectiveness of social rights in times of the Covid-19 pandemic in Brazil. In the research, the method is hypothetical-deductive, descriptive and bibliographic.

Keywords: Social Rights. Health. Effectiveness. Reservation of the Possible. Judicialization.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra uma série de garantias e direitos fundamentais. No artigo 5º destacam-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; e, no art. 6º, o constituinte consagrou os direitos sociais fundamentais como direitos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, o que não exclui outros direitos fundamentais consagrados ao longo do texto constitucional. Diante de prestação ineficaz, insuficiente ou na omissão do Estado quanto ao fornecimento de meios para que determinados direitos fundamentais sociais sejam usufruídos pelos indivíduos ou até mesmo de uma prestação inadequada, é que surge fenômeno que se denominou judicialização que, em apertada síntese, é a busca, através do Poder Judiciário, de serviços não prestados ou prestados de forma insatisfatória pelo Estado.

Não obstante, quando se busca a efetivação de um direito fundamental social através do Poder Judiciário surge um embate, não raras vezes, relacionado ao orçamento público. Portanto, a reserva do possível exsurge como limitação à efetividade dos direitos sociais, pois traz questões relacionadas não apenas ao papel do

Estado e sua atuação na atualidade, mas principalmente como o Poder Judiciário vem intervindo para consagrar os direitos sociais fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988 ante as limitações orçamentárias do Executivo.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar nesses tempos de pandemia da Covid-19, (a Síndrome Respiratória Aguda Grave provocada pelo vírus SARS-CoV-2,) o limite à efetividade dos direitos sociais frente a reserva do possível propondo examinar aspectos históricos, aspectos conceituais, a aplicação no direito brasileiro, destacando a judicialização nas questões do direito à saúde. Além disso identificar como o Judiciário vem se portando diante dessa conjuntura, bem como as limitações orçamentárias e as demandas encontradas pelo Estado nesse desiderato, e por fim, a situação preocupante desta pandemia.

Destarte, para alcançar os objetivos, adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2. DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A aquisição de direitos é uma luta entre velhos poderes instituídos e novas demandas por direitos, assim, eles surgem “de forma gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 9), logo, são diversos os momentos de grandes aquisições apontados por historiadores do direito para lançar luzes no estado atual das teorias jurídicas.

Nas últimas décadas o direito descortinou uma nova discussão em torno da aquisição de direitos, das tradicionais “liberdades públicas” em direção à efetivação de direitos sociais, assim, foi aberta a contenda sobre as políticas públicas e a efetividade dos direitos econômicos e sociais.

O conflito social passou a ser visto como uma questão jurídica e a aquisição paulatina de direito como um caminho de avanços e retrocessos, o que permanece em constante movimento até nossos dias, com marcada mudança de posição no início do século XX.

Para marco inicial de aquisição de direitos fundamentais fica estabelecido o século XVIII e as grandes revoluções, tal qual a Revolução Francesa que previu em seu

texto prerrogativas voltadas aos direitos civis e políticos, de forma a impor a abstenção dos Estados de interferir na esfera particular dos indivíduos e coibir abusos, sendo identificada com a garantia à liberdade.

Esses direitos aparecem em um panorama em que havia uma demanda por, antes de outras coisas, limites e um controle social aos abusos do Estado. Surge, assim, aqui o direito do indivíduo contra opressões e ao gozo de algumas liberdades fundamentais, emerge aqui o indivíduo para ocupar um lugar que antes era completamente restrito ao estado soberano (BOBBIO, 2004, p.11).

Portanto, o indivíduo é titular dos direitos de liberdade, sendo certo que esses são oponíveis ao Estado e manifestam-se como faculdades ou atributos da pessoa. Seu traço mais característico é a subjetividade. Esta nova proteção atribuída aos cidadãos trazia inovações, garantias individuais e direito à igualdade, embora estivesse lá o germe de um conceito sobre este direito fundamental que ainda iria modificar-se de inúmeras maneiras.

Havia ali a aquisição de igualdade do ponto de vista formal, mas a evolução histórica dos direitos elevou novas demandas, a situação de desigualdade reinante no mundo, especialmente na Europa faz com que emergja a necessidade de mecanismos que assegurassem esta igualdade do ponto de vista material.

Embora, venha de longa data o desenvolvimento do entendimento hodierno de igualdade, sendo este um construto histórico, tal qual se dá com os demais direitos humanos, foi apenas com o estado de bem estar social alemão do início do século XX que demos início à materialização do direito à igualdade, no trecho destacado abaixo:

[...] foram a doutrina alemã e a Grundgesetz für der Bundesrepublik Deutschland (LFB) que iniciaram, no âmbito dos direitos fundamentais, o processo de constitucionalização do Estado Democrático Social de Direito (demokratischer und sozialer Rechtsstaat), a partir do momento em que se deu a transformação normativa do princípio da igualdade: gradativamente se deixava para trás sua face meramente coincidente com a isonomia (“igualdade legal” ou “formal”), característica do liberalismo, e incorporava-se à Lei Maior a noção de “igualdade substancial” ou “material”. (SILVA, 2013), p.298)

Não bastava, assim, a previsão legal de que existia um direito de igualdade, era necessário que se revelasse no mundo fático, de forma concreta, passando, assim, a existir, a cobrança para que o estado não somente se abstinhasse, mas que interferisse em

prol de garantir uma maior igualdade de vida humana.

Trata-se dos direitos inspirados no ideário dos movimentos operários, no pós-guerra. A situação da maioria da população era precária, motivo pelo qual as Constituições, como a Constituição de Weimar de 1919, estruturaram o chamado “Estado de Bem Estar Social” e foram inspiração para grande parte das constituições ocidentais contemporâneas, de acordo com Bercovici e Massoneto:

Nesse ponto, é interessante notar uma das principais divisões do movimento operário à época da formação do *Welfare State*. Consciente das transformações históricas do Estado, o movimento dos trabalhadores declarava ser o sujeito das políticas do Welfare e não meramente o seu objeto. Não se tratava simplesmente de reconhecer as condições de hipossuficiência, de positivizar direitos sociais ou implementar políticas de seguridade social. Os direitos sociais eram concebidos como uma forma de transformação do Estado e de superação da dicotomia Estado e Sociedade Civil, com a conquista histórica pela classe trabalhadora da verdadeira emancipação social. (BERCOVICI e MASSONETO, 2007, p. 511).

Foi a ineficácia de outras formas de regulação da questão social que consolidou esse novo modelo de Estado a manifestação da esfera social de atuação do Estado e a construção dos direitos sociais. Foram positivadas determinações que definiram que o estado tinha o dever de interceder de forma positiva em favor do ser humano.

São os direitos fundamentais a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo limitador do poder e exigência de ação estatal; exatamente por isso, fala-se na dimensão desses direitos, podendo esta, conforme a doutrina, ser de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão.

Assim, referindo-se a dimensão subjetiva, que nasce com os direitos de primeira geração e estão intimamente vinculados ao reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos, é importante pontuar também que esse reconhecimento se ampliou a tal ponto que não se restringiu apenas às relações econômicas interpessoais, mas também abarca as relações de poder que existem entre o príncipe e seus súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos.

Explica Norberto Bobbio em seu “A Era dos Direitos” que “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão” (BOBBIO, 2004, p. 7)

No entendimento de Gilmar Mendes, Paulo Gonnet Branco e Inocência Mártires Coelho o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais “corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas” (MENDES, et al., 2002, p. 152).

Hodiernamente, compreende-se que os direitos fundamentais ultrapassam o horizonte em que é posto como garantidor de direitos de titularidade individual para adquirir a estatura de normas que delineiam os valores fundamentais da sociedade e os ampliam para todo o direito positivo. Neste sentido, se conformam como o alicerce de todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático.

Políticas Os estados europeus conceberam que a forma extrema de concepção socialista poderia sufocar os direitos individuais, então, procuram modular um meio termo entre as duas coisas, assim, propuseram normas programáticas para materialização de uma maior igualdade e o estado agiria através de políticas públicas para efetivá-las.

Redistributiva eram a chave para consolidação dessa estrutura, com o objetivo de redistribuir rendas e fornecer serviços de amparo nos momentos mais vulneráveis do ser humano, tais como a velhice, a pobreza, a doença.

Na questão dos fins do Estado, o conceito chave do Estado Social é a distribuição. O papel primordial do Estado Social é o de promover a integração da sociedade nacional, (...) Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no federal, com a transformação das estruturas econômicas e sociais (BERCOVICI e MASSONETTO, 2007, p.526)

No Brasil, do ponto de vista formal os direitos sociais foram plenamente assegurados, num primeiro momento sendo tidos por meras normas programáticas com reduzida eficácia, hoje em dia são dotados de força normativa e, “segundo o STF, deve o Estado cumprir imediatamente um ‘mínimo existencial’ desses direitos” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 93)

Em resposta ao pleito por políticas públicas de estado, ações afirmativas são propostas focadas em garantir a igualdade, assim, surgem os direitos de índole social, cultural e econômica, construindo-se os chamados sistemas de proteção social.

Esse novo entendimento ocasionou o assento de regramentos que conferissem

bases mínimas de sobrevivência e iguais condições fáticas de crescimento aos cidadãos. Procura-se a partir de então conferir materialidade às previsões de que todos são iguais diminuindo exclusões e marginalizações de coletividades.

O problema é que a igualdade fática não foi atingida e o estado de bem estar social entrou em crise, disso veio a percepção de que conferir amplos direitos sociais é impagável e há um choque entre política econômica e política social. Assim, levado pelo baixo desempenho estatal, a crise financeira impede o financiamento de gastos sociais, e acarreta aumento da inflação e do déficit público, desestímulo ao trabalho e à competitividade.

Por outro lado, o aumento do tamanho do Estado e a complexificação da estrutura administrativa do sistema de proteção social acarretaram dilemas de eficiência e democratização. Quanto maiores as atividades que o governo concentrava menor seu desempenho e a qualidade das políticas.

De acordo com Sarlet (2006, p. 42), a positivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro são um reconhecimento de garantia fundamental conferida à sociedade, sendo a sua consagração na Constituição Federal de 1988 uma resposta às conquistas sociais.

Por sua vez, Schafer (2005, p. 57) defende que o conceito de direitos fundamentais se sobressai, como a "compreensão fragmentada", ou seja, direitos negativos, de um lado, e direitos positivos, de outro, embora inexista previsão de "um regime jurídico geral". Significa dizer, em outras palavras, que não se permitiu que "[...] se constatasse a interligação entre as estruturas variáveis de todos os direitos fundamentais, nas quais cada vez mais a eficácia concreta de seu núcleo essencial" depende da pluralidade de condutas estatais, algumas omissivas, outras não.

Assim, essa condição intermediária em que nos encontramos aponta para a existência de uma grande gama de direitos assecuratórios, em que pese a relevância dos direitos sociais, enquanto direitos positivos, há na sua efetivação limitações que decorrem da omissão do Estado ou da sua incapacidade de prover direitos em virtude da escassez de recursos sem que seja possível ao estado realizá-los, donde surge a emergência da teoria da reserva do possível.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha e é uma tradução da locução germânica *Vorbehalt des Möglichen*, ganhou destaque com a publicação do julgado *BVerfGE 33, 303*, exarado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 18 de julho de 1972 (MOREIRA, 2011).

Neste caso, analisou-se o art. 12, § 1º da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm o direito de eleger livremente sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação” (KELBERT, 2011, p. 69).

Entre 1952 e 1967 o número de estudantes das universidades alemãs praticamente dobrara, entretanto suas Universidades não acompanharam tal crescimento, para que isto fosse possível, as esferas governamentais deveriam disponibilizar cerca de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas para a Alemanha pós-guerra, portanto as vagas de ensino superior eram limitadas não podendo atender a toda a população, e as instituições recorriam cada vez mais ao *numerus clausus*, limitando o número de vagas, no entanto faltava base constitucional para tal atitude (OLSEN, 2008).

Após uma sucessão de ponderações o Tribunal chegou à conclusão de que a regra do *numerus clausus* era constitucional, como se extrai de trecho da decisão trazido por Moreira (2011, p. 54):

[...] Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que o indivíduo, racionalmente falando, poderia exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (...) Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. *BVerfGE 4, 7 [15]*; *8, 274 [329]*; *27*, acepção de dependência da vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsbezogenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da

coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Nesta decisão o Tribunal diferencia dois direitos, o primeiro ele denomina direito à participação nas instituições de ensino existentes e segundo a criação de novas vagas universitárias.

O Tribunal fundamenta o primeiro direito no princípio da igualdade em conjunto com o princípio do Estado Social aduzindo que o Estado tomou para si “um monopólio fático, não afastável por pura vontade” na formação acadêmica, que é “por sua vez, pressuposto necessário para a realização de direitos fundamentais”, pois “o direito à liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para seu exercício” (ALEXY, 2014, p. 438).

‘Quanto ao segundo direito, a criação de novas vagas universitárias, em decisão de 8.2.1972, o Tribunal Constitucional Alemão diferencia de forma mais clara a supracitada decisão sobre *numerus clausus* entre um direito abstrato, como leciona Alexy (2014, p. 439):

[...] garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão (...), a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito, este, submetido “à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” e uma “pretensão individual [concreta] e justificável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias.

O primeiro direito é facilmente reconhecível como *prima facie*, somente não sendo exigível se outras razões colidentes exigirem contrariamente, ou seja, todo cidadão que concluiu o ensino médio tem o direito a ingressar na universidade, já o segundo direito tem caráter de “se e sob quais pressupostos” o direito *prima facie* pode eventualmente se tornar definitivo (ALEXY, 2014, p. 439).

A partir daí se consignou que a prestação dos direitos sociais é dependente de recursos, sobretudo os financeiros que advém do orçamento público, bem como a capacidade de dispor destes meios e recursos.

Não se poderia exigir o comprometimento de outros interesses protegidos fundamentalmente para prover ensino superior a absolutamente todos os indivíduos que o quisessem “fazê-lo, seria colocar a liberdade individual muito acima dos

objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de

Estado Social” (OLSEN, 2008, p. 219).

Portanto, “naquela decisão ficou assentado, ademais que mesmo que o Estado disponha de recursos, a obrigação de prestar deve se manter nos limites do razoável”, além de que o estado não é obrigado a assegurar o impossível como já ensinava Härbele (KELBERT, 2011, p. 71).

Destarte, passados trinta anos do acórdão paradigmático, a reserva do possível mantém seu significado nas cortes alemãs: “representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo seu dever constitucional” (OLSEN, 2008, p. 220-223).

Contudo, antes de se passar à análise da Teoria da Reserva do Possível no Brasil, faz-se necessário apresentar os aspectos conceituais, natureza jurídica e objetivo.

3.1. RESERVA DO POSSÍVEL

Afirma Ana Paula de Barcellos que “uma das questões centrais do Direito é como garanti-lo”, uma vez que aquilo que se apresenta na norma nem sempre é assegurado no plano concreto. (2018, p.213) Assim, os direitos sociais são em última instância um conjunto de faculdades e posições jurídicas que autorizam ao indivíduo demandar do estado e da sociedade prestações que assegurem condições materiais e socioculturais mínimas de vida.

Há, porém, a parametrização da vida no funcionamento do mercado e na macroeconomia, assim, com a crise no estado de bem estar social muitos chegam à conclusão e colocam o argumento de que não existe condições financeiras fáticas para o provimento de plenitude de acesso à essas prestações sociais a todos de maneira equânime.

André de Carvalho Ramos reafirma “a maior controvérsia envolvendo os direitos sociais está na busca de sua efetivação, que pode esbarrar em argumentos referentes à falta de recursos disponíveis, que limitaria a realização desses direitos a uma “reserva do possível”. (RAMOS, 2018, p. 70).

O estado, portanto, não seria detentor de meios para concretizar direitos sociais plenos, donde surge a teoria da “reserva do possível”, por esta construção

principiológica, existe certo feixe de direitos que tem sua concretização limitada à possibilidade de orçamento e da implementação de políticas públicas.

Há que se ressaltar que estes são os chamados direitos econômicos e sociais, aqueles que se vinculam ao crivo da disponibilidade orçamentária, passíveis, portanto, de serem impostas prestações por via judiciária para fazer valer mínimo existencial, ou seja, aquela parcela mínima de bens e serviços para a manutenção da vida humana digna.

Assim, saúde é um direito fundamental, motivo pelo qual repousa em uma zona cinzenta da doutrina e jurisprudência, o judiciário acaba exigindo prestações individuais, segundo Ricardo Lobo Torres:

O problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex. EC 29/2000). Nesses casos a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar à implementação da policy pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo) (TORRES, 2008, p. 82)

Vai aqui o questionamento sobre a possibilidade de investir direitos à prestação da qualidade de direito subjetivo à fruição de prestação concreta (SARLET, 2010, p. 35). Isto porque esses são direitos vinculados à disponibilidade de recursos e capacidade de disposição destes, estando, portanto, sujeitos à reserva do possível, ou seja, do que é possível à administração prestar a um indivíduo. Desta forma para Ramos:

A “reserva do possível” é um argumento contrário à intervenção do Poder Judiciário na luta pela implementação dos direitos sociais. Grosso modo, afirma-se que os recursos públicos não são ilimitados e, assim, a decisão de alocação desses recursos finitos deve caber, em uma sociedade democrática, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, nas suas interações que desembocam na aprovação do orçamento público. Caso o Judiciário interferisse, a separação das funções do poder restaria abalada. (RAMOS, 2018, p. 71)

Surge, assim, a necessária distinção entre reserva do possível e reserva do financeiramente possível, ou reserva do orçamento.

3.2. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.

Há uma gama de fatores que podem determinar a impossibilidade entre a reserva do possível e reserva do financeiramente possível, assim, o tecnicamente impossível tem uma imposição de realização concreta, enquanto a reserva do financeiramente possível aponta para a limitação orçamentária.

A falta de dotação específica no orçamento público, ou seja, a reserva do financeiramente possível, em que a concepção é a da escassez financeira e as escolhas na aplicação de recursos públicos, para Torres:

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.⁶ o custo da dimensão da prestação dos direitos sociais (TORRES, 2008, p. 83)

A tensão distributiva entre política pública e a dívida pública precisa ser analisada sempre do ponto de vista constitucional. O princípio da proporcionalidade seria o vetor a indicar como garantir a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais enquadrado no orçamento estatal (PINTO, 2013, p. 361)

No ponto, é importante a distinção entre mínimo existencial e direitos econômicos sociais, Ricardo Lobo Torres, a respeito do tema aduz o que segue:

Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador,⁵⁷ que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante.⁵⁸ As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais,⁵⁹ assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo (2009, p.80).

É neste sentido que correrá a análise, uma vez que o Brasil passou por uma série de emendas à constituição que sem distinguir entre direitos sociais e fundamentais limitaram o orçamento e vincularam receitas nos três níveis de governo. Foi graças a estas alterações que os direitos sociais passaram a existir sempre parametrizados pela “reserva do possível”.

Especialmente no que toca a políticas públicas voltadas à concretização do acesso à saúde esta questão vem sendo particularmente campo de impasse. A emenda constitucional 29/2000 fixou patamar mínimo de aplicação do orçamento em saúde para os três níveis da federação.

Por sua vez, desde 2017 a EC 95/2016 limita o teto de aumento dos gastos públicos à inflação até o ano de 2036. Com isso, “gastos primários do governo ficam congelados em termos reais no valor de 2016, uma vez que só serão corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)” (IPEA, 2021, p. 4)

O novo regime fiscal impede que receita adicional ao teto seja utilizado para financiar políticas públicas, o prolongado e severo congelamento dos gastos públicos está impactando no funcionamento da máquina estatal e os programas sociais, mormente dado aos impactos de necessidade de receita súbita com o advento da pandemia do coronavírus.

As necessidades crescentes na área da saúde ocasionaram uma competição por recursos muito escassos entre as diversas áreas de atuação do governo. A saúde tem deixado de receber recursos paulatinamente desde a implantação do teto em 2017, com perdas de cerca de R\$ 4 bilhões em 2018 e 13,6 bilhões em 2019, em concorrência com a necessidade de aumento de gastos advindo da pandemia, o resultado foi a precarização de serviços e a perda de direitos. (IPEA, 2021, p. 6)

Com o reconhecimento da calamidade pública, em 2020 a emergência e saúde levou a uma flexibilização necessária e insuficiente na alocação de recursos do governo e nos gastos em saúde.

3.3. ASPECTOS CONCEITUAIS, NATUREZA JURÍDICA E OBJETIVO.

Há divergências sobre a natureza da “reserva do possível”, alguns doutrinadores entendem como um princípio, outros como um postulado, e ainda há quem adicione a característica de ser um dado da realidade limitador da eficácia de

determinados direitos.

O que é certo é que grande parte dos autores atrelam a existência da “Reserva do Possível” ao neoliberalismo e à parametrização da sociedade pelos ditames do mercado, é a ideologização do direito, que vem sendo discutida pela filosofia jurídico-política, como em Althusser, Pachukanis, ou Foucault¹. Trata-se de redigir, interpretar e aplicar normas tendo como base a macroeconomia, em detrimento do valor específico do ser humano, sua dignidade e o conceito de que é um fim em si mesmo, Nunes Júnior entende que:

Não podemos afirmar que a utilização da “reserva do possível” é uma falácia neoliberal, como o faz Vicente de Paulo Barretto. Em um famoso trocadilho feito pelos norteamericanos Holmes e Sunstein acerca da clássica obra de Ronald Dworkin (*Levando os Direitos a Sério*), afirmam os constitucionalistas sobreditos: “levar os direitos a sério é levar a escassez a sério”. Não obstante, como a “reserva do possível” por razões jurídicas (decorrente das “escolhas trágicas” na alocação de recursos finitos) é uma limitação à eficácia dos direitos fundamentais sociais, é natural que haja limites. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1274).

e aplicar normas tendo como base a macroeconomia, em detrimento do valor específico do ser humano, sua dignidade e o conceito de que é um fim em si mesmo, Nunes Júnior entende que:

¹ Vide, por exemplo, ALTHUSSER, LOUIS. **Ideologia E Aparelhos Ideológicos Do Estado**. Queluz de Baixo: Editorial presença, 1970; PACHUKANIS, Evguiéni Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989; FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**.

Não podemos afirmar que a utilização da “reserva do possível” é uma falácia neoliberal, como o faz Vicente de Paulo Barretto. Em um famoso trocadilho feito pelos norteamericanos Holmes e Sunstein acerca da clássica obra de Ronald Dworkin (*Levando os Direitos a Sério*), afirmam os constitucionalistas sobreditos: “levar os direitos a sério é levar a escassez a sério”. Não obstante, como a “reserva do possível” por razões jurídicas (decorrente das “escolhas trágicas” na alocação de recursos finitos) é uma limitação à eficácia dos direitos fundamentais sociais, é natural que haja limites. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1274).

Para Olsen (2008, p. 199-200) seria mais adequado nomear a reserva do possível como condição da realidade já que não corresponde a um mandato de otimização, apesar de poder ser sopesado pois até bens jurídicos podem ser sopesados. “Em verdade o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social”.

A reserva do possível é uma condição da realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas.

Segundo Olsen (2008, p. 223) a doutrina pátria acabou absolvendo a leitura da teoria feita pelo professor Gomes Canotilho da reserva do possível:

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizada para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um topo da jurisprudência constitucional alemã (Der Vorbehalt des Möglichen), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

Curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: MartinsFontes, 2008

Vaz (2009) observa que não se pode exigir do Estado a concretização instantânea de direitos sociais, mesmo que se entenda que eles são de aplicabilidade imediata, deve-se entender que sua efetivação se dá de forma progressiva.

Em suma, como lecionam Sarlet e Figueiredo (2010), o problema da efetividade na prestação do direito à saúde encontra-se cada vez maior em decorrência da carência dos recursos disponíveis para o atendimento das demandas, e com efeito, quanto mais diminuta esta disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito da destinação da verba pública, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

A partir desta constatação, entende-se que há uma restrição, denominada reserva do possível, que limita a exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade financeira econômica do Estado – e que não pode ser deixada de levar em consideração nas decisões judiciais que prestam saúde aos indivíduos que recorrem ao Poder Judiciário para satisfazer o seu direito instituído constitucionalmente (WANG, 2010).

Na realidade existe uma impossibilidade fática, ou seja, alocação de recursos para efetivação de direitos sociais prestacionais uma “escolha trágica”. Falta recursos financeiros para fornecer saúde de excelência a todos, motivo pelo qual ações demandando a concretude de direitos à saúde desaguam em larga escala no poder judiciário.

São incontáveis ações e nem sempre o poder judiciário está instrumentalizado para decidir sobre a alocação orçamentária e políticas públicas de saúde. Neste sentido abunda na jurisprudência a alusão à teoria da reserva do possível, tanto para afastar seu uso, quanto para embasar decisões negativas a demandas por direitos sociais (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1273).

3.4. RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO.

No Brasil verifica-se que houve modificações na doutrina da reserva do possível em relação a doutrina alemã. Enquanto na Alemanha a preocupação é “com a razoabilidade e proporcionalidade da postulação formulada pelo particular em face do Estado, no Brasil a questão da reserva do possível gira em torno da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos (MOREIRA, 2011). Segundo Krell (*apud* Kelbert, 2011. p. 73) a reserva do possível:

[...] é uma teoria, que submete a prestação material dos serviços públicos estatais à disponibilidade de recursos, cuja disponibilidade e aplicação residem no âmbito da discricionariedade administrativa e das escolhas legislativas, o que se verifica por

meio de orçamentos públicos.

Para Diogo Coutinho “quem no Brasil procura explorar as interações existentes entre o direito e as políticas públicas não tarda a constatar que existe inúmeras dificuldades em fazê-lo. (2013, p.183) Inúmeros são os códigos, portarias, leis, decretos, regulamentos, circulares que envolvem o dia a dia da prestação de serviços do estado.

Na análise crise brasileira é que devemos adentrar no histórico da reserva do possível. Assim, o Supremo Tribunal Federal emitiu normas em precedentes acerca do assunto, nos quais exigiu do poder executivo a adoção de providencias administrativas em direção à melhoria da qualidade do serviço de saúde pública. Paratanto, faz uso do princípio da ponderação, opondo a “Reserva do Possível” ao “Mínimo Existencial”, procura, entretanto, respeitar a separação de poderes argumentando que o executivo deve efetivar políticas públicas previamente estabelecidas. Neste sentido os RE 642.536/2013, ARE 860.979-AgR/2015, RE 592.581/201.

Não obstante, no Brasil os fatores socioeconômicos e orçamentários são bastante diversos daqueles da Alemanha, portanto, não se pode apresentar aqui a reserva do possível nos mesmos moldes do país de origem (KELBERT, 2011), sendo mister analisar a questão à luz do orçamento público.

3.5. ORÇAMENTO PÚBLICO E RESERVA DO POSSÍVEL.

Verifica-se que a questão econômica, de certa forma, prevalece sobre a prestação jurídica do direito à saúde, de modo que as prioridades implementadas na Constituição Federal de 1988 acabam sendo mitigadas (OLSEN, 2008).

Assim sendo, a reserva do possível surge como um verdadeiro elemento das limitações do Estado frente seus recursos e possibilidade da efetividade dos direitos sociais, no caso a saúde, pois depende da disponibilidade financeira do orçamento público.

Entende Lopes (2013) que a efetividade dos direitos sociais está atrelada a capacidade de alocação de recursos e ao mínimo existencial, no entanto a medida da efetividade não deve ser fixada um patamar inalcançável, tal limite deve estar situado entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Para Sarlet e Figueiredo (2010) não lhes parece que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fizesse parte de seu núcleo essencial ou estivesse enquadrada no âmbito dos limites imanentes dos direitos fundamentais, configuraria sim, um limite jurídico e fático.

A Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza para a viabilização dos direitos sociais fundamentais. Verifica-se, portanto, a preocupação do legislador na viabilidade econômica dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Sustentam, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 30) que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, que abrange as seguintes funções:

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível resolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Por isso a doutrina aponta que há de se diferenciar a escassez de recursos da atividade orçamentária do Estado, o qual deverá ser exercida em consonância com as normas constitucionais (LOPES, 2013) o que nos leva a dimensão jurídica da reserva do possível.

A dimensão jurídica diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. Isso significa que os recursos existem, mas por algum razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados. “Dessa forma a mera existência de recursos, não autoriza o destinatário da norma que prevê o direito fundamental social a efetivá-lo” (LOPES, 2013, p. 83).

Segundo Sarlet e Figueiredo (2010) a dimensão jurídica da reserva do possível está ligada com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências orçamentárias, legislativas e administrativas, além de requerer equacionamento pelo motivo de que no Brasil se instalou o sistema constitucional federativo.

Dessa forma, a impossibilidade jurídica pode estar ligada ao orçamento público já aprovado e que não poderia ser mudado em virtude de uma decisão judicial, a não ser em caso de remanejamento de verbas, outro aspecto é a ausência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos (KELBERT, 2011).

A dimensão negativa, partindo-se do princípio de que não há verba para satisfazer todos os direitos sociais, diz respeito a satisfação de prestações que pudessem comprometer a satisfação de outros direitos fundamentais, uma prestação excessivamente onerosa que pudesse

comprometer, que esgotasse recursos para a satisfação de outros direitos fundamentais (KELBERT, 2011).

Percebe-se que a reserva do possível envolve a questão da proporcionalidade da prestação e em sua exigibilidade, em especial nesta questão, da razoabilidade também, portanto deve-se equacionar a exigibilidade da prestação com outros direitos fundamentais de acordo com o princípio da máxima eficácia e efetividade da Constituição (SARLET; FIGUEIREDO, 2010), para que seja dado um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado aos direitos sociais prestacionais.

3.6 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA.

Um dos problemas de efetividade nos direitos sociais “[...] é a não- prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público” (KRELL, 2000, p. 32) e isso faz com que a população brasileira conviva com essas frustrações por falta de uma formulação transparente e manutenção eficiente de políticas públicas.

É sabido que uma das funções essenciais constitucionais do Estado é a promoção do bem comum. A atuação dos entes governamentais implica, para Pasold(1984, p. 56-57) em:

[...] ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendo ao seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, não se pode obstar o acesso à justiça, principalmente se considerado o fato de que a Constituição da República de 1988 consagrou expressamente a inafastabilidade da apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito.

O lapso de efetividade faz com que a população busque o amparo do poder judiciário como forma de tornar efetivo seus direitos. No entanto, a excessiva judicialização tornou-se pauta muito discutida em função da interferência do poder judiciário nas escolhas sobre a alocação de recursos no orçamento.

A população, de um lado descrente na capacidade da administração pública em gerir o orçamento, uma vez que existe a compreensão de um estado burocrático, pesado, mal administrado e com agentes corruptos, de outro em busca de efetivar direitos fundamentais previstos na carta brasileira, socorre-se do poder judiciário.

A proteção à saúde é prevista tanto como forma de prover demandas subjetivas de acesso, quanto com relação ao cumprimento da igualdade entre os cidadãos, ou ainda do ponto de vista do crescimento do estado que tinha necessidade de manter saudável os grandes grupos para a manutenção do trabalho e conseqüentemente da economia.

No Brasil o direito à saúde vai se ampliando em sua previsão formal até o momento atual, em que há uma organização em torno de um sistema único misto que provê saúde universal e gratuita ao lado da paga, tanto no aspecto da prevenção no âmbito da saúde pública, quanto com relação ao acesso ao aparelho de atendimento individual. Entretanto, ainda estamos distantes da plena concretização, especialmente à medida em que há avanços na técnica sanitária, que envolvem custos cada vez mais elevados, o estado não tem sido suficientemente capaz de concretizar todas as medidas dispostas em lei.

Neste aspecto, o judiciário brasileiro em busca de intervir para assegurar direitos individuais, e ao fazer retira da administração pública boa parte da pouca discricionariedade que existe a partir do orçamento impositivo, e, de acordo com os estudos de Meneguim “o incremento no bem-estar social diminui à medida que a intervenção judicial nas políticas públicas aumenta” (MENEGUIM e BUGARIN, 2014 [s/p].).

Ocorre que, para ficar no exemplo da saúde no âmbito de um município pequeno, o orçamento disponível para a saúde de toda a população pode ser desviado por um magistrado a fim de assegurar a saúde de um indivíduo. O que parece ótimo na decisão da causa, do ponto de vista de assegurar o direito à saúde, inexistindo os dados de acompanhamento que possui o executivo, impede o magistrado de ver o panorama mais amplo que acarreta déficit no acesso à saúde de todos os municípios, Meneguim e Bugarin destacam:

Imagine um hospital público que possui uma unidade de tratamento intensivo (UTI) com uma quantidade determinada de leitos disponíveis. Se a capacidade da UTI está ociosa e uma decisão judicial determina a internação de um cidadão, o benefício marginal da atuação judicial é elevado, pois o benefício para esse cidadão é grande e não há prejuízo para os pacientes que já estavam lá. No entanto, se a UTI está lotada e um juiz determina a internação de mais um cidadão, o bem-estar social será acrescido pelo benefício que esse último internado receberá individualmente, mas cairá pelo efeito negativo que promoverá sobre os demais. (MENEGUIM e BUGARIN, 2014 [s/p].).

Mas não é apenas nas decisões que beneficiam indivíduos isoladamente que os precedentes construídos pelo poder julgador influenciam, o poder judiciário tem importante papel contra majoritário e vem sendo usado de forma intensa por grupos de interesse a fim de fazer observar sua agenda, Taylor argumenta que:

O Judiciário federal – como um todo, não me restringindo tão-somente ao STF – tem tido, e provavelmente continuará tendo, um impacto nas políticas públicas adotadas pelo governo federal, permitindo que algumas vozes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas. (TAYLOR, 2007, p.235).

O ponto fulcral em toda essa discussão é a dicotomia mínimo essencial em oposição à reserva do possível. Existe, assim, uma oposição em forma de conflito entre os três poderes da república no que diz respeito à judicialização da saúde. O executivo não parece ser suficientemente eficiente ao desenhar políticas públicas e acaba condenado pelo judiciário, o legislativo, de sua parte, é criticado por criar leis coniventes com governos em oposição aos ditames da constituição.

Há um princípio de instabilidade institucional. O judiciário é apontado por decidir ao arrepio da lei e de formular políticas públicas sem que seja esta sua atribuição, entretanto, é instado a julgar e cumprir seu papel de garantidor da ordem jurídica e em última instância da Constituição.

A reserva do possível é um princípio que surge com o alargamento das exigências estatais no que toca aos direitos sociais, significa uma forma de limitação da atuação estatal afastando a norma fundamental quando proteja um interesse subjetivo de forma a preservar o direito da maioria.

O executivo atua dentro da lógica da reserva do possível, ou seja, desenha políticas que nem sempre suprem a demanda social, entretanto que são as possíveis de serem arquitetadas diante da realidade orçamentária e estrutural do executivo.

Em oposição temos o mínimo existencial, aquela parcela de direitos mínimos à manutenção do substrato de vida humana, assim como a manutenção da própria vida quando diante de uma necessidade de intervenção no âmbito da saúde, remédios, oxigênio, profissionais habilitados para atendimento, leitos de UTI.

É uma escolha trágica que desagua no questionamento acerca da existência de instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário a fim de analisar a constitucionalidade de uma política pública, devendo o magistrado fazer uso da ponderação, a fim de que uma decisão de sua lavra não seja ainda mais danosa à coletividade e aos próprios mandados a que se submete.

4. DIREITO À SAÚDE SUA EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Com o advento das constituições contemporâneas e a admissibilidade de sua força normativa, há uma mudança de parâmetro dentro do próprio Direito. Todas as normas constitucionais possuem força normativa, (BACELLOS, 2018, p.219) sejam regras ou princípios, a respeito, especialmente as teorias lastreadas nas posições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, propõem-se a analisar esse fenômeno, superando o positivismo anterior, o que significou reconhecer que todas essas normas contêm algum grau de eficácia sempre. (ALEXY, 2008, p.90)

Assim, a partir da teoria da integridade de Dworkin e dos mandados de otimização de Alexy, os direitos fundamentais, que têm a estrutura de princípios, entabularam uma ligação entre direito e moral, a compreensão desses como detentores de caráter normativo, em conjunto com o aspecto da força normativa da Constituição, possibilitaram a discussão sobre a validade e eficácia dessas normas.

A existência de regras, princípios e “*policies*”, e a efetividade desses princípios e regras, sendo que na inexistência de regra específica que se atenha ao caso, o magistrado deve lastrear suas decisões nos princípios, que não operam com base notudo ou nada, mas são razões justificadoras das decisões. Princípios, assim, são uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Princípios têm peso normativo, uma dimensão que as regras não têm motivo pelo qual quando há uma colisão entre os princípios, deve-se levar em conta a força relativa de cada um. (DWORKIN, 2002, p.36)

Alexy, por sua vez, propõe um “constitucionalismo moderado”, em princípios são mandados de otimização, enquanto as regras são mandados definitivos. Desta forma, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado em sua máxima efetividade, “que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. (ALEXY, 2004, p. 162)

As políticas de atenção à saúde têm como pressuposto a igualdade, por isso, o acesso ao mínimo existencial a todos é garantir a não propagação do vírus e a atenção básica de saúde aos infectados.

Neste desígnio o Estado age através de políticas públicas e o problema surge quando direitos formalmente previstos não se tornam efetivos, fazendo com que o cidadão procure a guarida do judiciário para impor a efetividade do direito à saúde.

4.1 DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A saúde, no ordenamento jurídico brasileiro, se encontra consagrada no rol dos direitos fundamentais sociais. O enunciado que serve de base para a interpretação, e que traça os contornos da norma, é bastante claro ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado. Para tanto deve o Estado, por meio de implementação de políticas públicas, a teor do que se extrai do art. 196 da Constituição Federal de 1988, buscar meios para a redução do risco de doenças, possibilitando o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (MORAES, 2018).

Valendo-se agora do conceito empregado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no preâmbulo da sua Constituição, tem-se que a “[...] saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Por conseguinte, trata-se de um conceito amplo, cunhado em um momento histórico em que as sociedades se encontravam devastadas diante das atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, havendo a necessidade de os Estados serem reconstruídos, surgindo, como preconiza Streck (2011), a noção de implementação de um Estado voltado ao bem-estar, à promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais se encontra consagrado o direito fundamental à saúde.

De acordo com Tavares (2020), essa noção de saúde, como algo amplo, implica na obrigação dos Estados de implementar políticas voltadas à prevenção e tratamento de males que afligem tanto o corpo quanto à mente, inclusive com a instituição de sistemas voltados ao atendimento dos doentes.

Por ser a saúde um direito fundamental, reveste-se de elevado valor constitucional com o intuito de garantir ao indivíduo os meios necessários para uma vida digna. Exatamente por isso, como lembra Padilha (2020), os direitos fundamentais sociais clamam uma atuação positiva do Estado, ou seja, impõe uma obrigação de fazer, corroborando para a consagração de um núcleo substancial que norteia o regime democrático.

Enquanto direito fundamental social, o direito à saúde clama uma atuação proativa do Estado, através de prestações para a sua efetivação. Quando há um embate entre a efetivação do direito social, invocando-se a teoria da reserva do possível, surge também a noção de proporcionalidade, como dito acima e, conseqüentemente, do mínimo existencial.

O mínimo existencial pode ser descrito como as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que exige prestações estatais positivas (TORRES, 2009), devendo ser incluídas garantias tais como a educação, a moradia, o lazer, a prestação médica entre outras (COSTA, 2010).

É objetivamente mínimo por ser garantia de todos os homens, independentemente de qualquer condição subjetiva do sujeito como raça, ou condição social, e subjetivamente mínimo por tocar principalmente quem esteja abaixo da linha da pobreza.

O acesso ao mínimo existencial está relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana pois trata-se de direito inerente a condição humana de viver não só com o ínfimo para sua sobrevivência, mas com condições satisfatórias a sua subsistência (COSTA, 2010), está ancorada na ética e se fundamenta no exercício da liberdade, na ideia de felicidade, não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva (TORRES, 2009).

Lopes (2013) afirma que é incontroverso que o mínimo existencial é um valor mínimo, e é crucial que ele possa ser determinado em função de um caso concreto. Ele pode estar fundado na dignidade da pessoa humana, ou em outro dispositivo legal, o valor mínimo pode estar inserido em um dispositivo legal, ou seja, o legislador pode inserir uma cláusula aberta ou o valor mínimo pode estar fixado expressamente na Constituição Federal de 1988.

Considerando ser a saúde um direito fundamental social, e com a imposição legal de que o Estado proporcione, por meio de políticas públicas, meios para a sua efetivação, deve o intérprete analisar a problemática da reserva do possível à luz do mínimo existencial. Assim sendo, existem dois elementos fundamentais para a aplicação do limite à efetividade do direito à saúde, quais sejam: a ponderação, cujo instrumento é a proporcionalidade; e a fundamentação a ser realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo (com vistas a informar o destino dos recursos materiais) e do Poder Judiciário, nas decisões que determinam o fornecimento de prestação do direito à saúde (OLSEN, 2008), a exemplo de medicação, tratamento médico e/ou hospitalar, etc.

Por conta da escassez de recursos é necessário que haja tomada de decisões, assim, como observa Amaral (2010, p. 17), surgem questionamentos diversos, como “[...] quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognóstico de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar? [...]”.

Ainda, como leciona Domingues (2014), o Supremo Tribunal Federal evoluiu em sua jurisprudência, para não só admitir o controle orçamentário, mas passou a secundar as decisões dos tribunais locais que determinavam a tutela dos direitos sociais, mesmo quando o orçamento se mostrava insuficiente.

A partir disso constata-se que não há apenas uma decisão para nortear o argumento da

reserva do possível como restrição ao direito à saúde, os julgadores levam sempre em consideração a ponderação e a fundamentação para elaborar as suas decisões, pois conforme já mencionado se faz necessário à apreciação de cada caso de forma individual.

4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL FACE A PANDEMIA DA COVID 19: ACESSO À SAÚDE E ALOCAÇÃO DE RECURSOS.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização, deve ser considerada um fenômeno pela estrutura do sistema de saúde e pelo contexto histórico da sociedade brasileira. E, de fato, a busca da assistência à saúde a partir de uma ação judicial deixa transparente a falha nos canais de participação e controle social da comunidade com o poder público (VENTURA *et al.*, 2010).

O fenômeno da judicialização da saúde envolve diversos aspectos, entre princípios e valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, isonomia, princípio da equidade, separação dos poderes, responsabilidade de cada ente federado e princípio federativo, universalidade e integralidade e o princípio da reserva do possível (VALLE; CAMARGO, 2010). O princípio da reserva do possível precisa ser direcionado através de uma tríade que envolve a análise da necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço prestado. O aumento dos gastos em conjunto com a redução da arrecadação e o relativo engessamento do orçamento do Poder Público resultou em déficit econômico e conseqüentemente insuficiência no atendimento à saúde da população no momento mais sensível.

Exatamente por isso, a necessidade crescente de desenho adequado de política pública para a alocação mais eficiente do orçamento e otimização concreta do princípio que assegura o direito à saúde quando em colisão com a reserva do possível. Assim, outras dificuldades advieram para realizar o planejamento das políticas de acesso à saúde ao longo da pandemia.

A pandemia de Covid-19, doença causada por um novo coronavírus, o Sars-COV-2, impôs enormes desafios aos países nos campos econômico e social. O desconhecimento inicial sobre a evolução da doença, a inexistência de medicamentos antivirais e de vacinas efetivos contra o vírus, o desenvolvimento da forma grave da enfermidade em parte dos casos, bem como a rápida propagação da infecção, são fatores que em conjunto tornaram esse evento um dos mais importantes em saúde pública desde a pandemia de gripe espanhola do começo do século XX. (BRASIL, 2021a, p. 1).

O desempenho comparado de países com base em óbitos por 1 milhão de habitantes, indica uma realidade socioeconômica mais favorável nos países tomaram medidas concretas para diminuir ou impedir a propagação do coronavírus, entretanto, no Brasil existiram questões

locais que contribuíram para os impactos atualmente sentidos na concretização do direito à saúde.

Em primeiro lugar, o teto de gastos impôs grande restrição orçamentária ao Ministério da Saúde (MS); além disso, a coordenação federativa do SUS já demonstrava sinais de fragilidade que se intensificaram com a pandemia, com deficiência nos repasses de recurso e descoordenação das políticas públicas adotadas pelos diversos entes; deficiência na rede regionalizada de saúde, tida fundamental para o funcionamento do SUS, alteração do financiamento federal pela EC nº 95/2016 limitou os investimentos para a ampliação da oferta de serviços,

portanto, já havia pouca oferta, com o aumento da demanda trazida pela COVID-19, muitos brasileiros ficaram sem a atenção básica.

O aumento da demanda por profissionais também é condição para a resposta à pandemia uma vez que houve a ampliação da necessidade de pessoas de diferentes áreas de atenção à saúde no atendimento massivo da população, limitou, como exemplo, novas aberturas de leitos de UTI pela quantidade de indivíduos envolvidos no atendimento efetivo, o que já era um lapso do sistema, mais uma vez se aprofundou este período.

Por esses motivos, dentre outros, o Estado tem encontrado uma dificuldade ainda maior em financiar saúde de forma suficiente e eficiente para fazer frente às demandas da pandemia e, exatamente por isso, o Conselho Nacional de Justiça tem procurado soluções para mitigar as demandas que venham desse período.

Assim, emitiu a Nota Técnica Nº 24 de 12/05/2020 em que afirma:

Sabe-se que diante da falta de gestão ou quando de sua insuficiência, ou quando as soluções a serem encontradas pelos atores podem ensejar futura discussão ou responsabilização, os conflitos acabam desaguando no Poder Judiciário, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça intervir para propor medidas concretas voltadas à prevenção dos conflitos judiciais e inclusive estabelecer estratégias nas questões de direito sanitário para evitar a judicialização de ações que envolvam prestação de assistência à saúde.

Esta postura do CNJ busca exatamente antecipar-se às demandas por falta de efetivação do direito à saúde, princípio constitucional, mínimo existencial, face à possibilidade fática do estado em atender ao acréscimo da necessidade de prestações de saúde em meio à diminuição de arrecadação em conjunto com a má eficiência que já se fazia presente.

A atuação positiva dos entes federados representa real avanço em termos de efetivação dos direitos fundamentais. As questões que comportam maiores polêmicas, como, por exemplo, a

responsabilidade destes e a existência ou não de direito ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos que não constam dos protocolos oficiais, inclusive os de alto custo, já estão sendo definidas, de forma mais harmônica, pela jurisprudência nacional, o que é essencial para a segurança jurídica e para a própria estabilidade do SUS, que se ressentiu da grande discrepância entre os provimentos judiciais no Brasil (VALLE; CAMARGO, 2010).

Não se pode negar que na atualidade brasileira, a discussão sobre os direitos fundamentais e sociais é absolutamente necessária, em todas as esferas do saber, pois essa temática, sob a ótica do direito ao mínimo existencial, busca afastar

eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado em face do indivíduo, sem prejuízo da dimensão prestacional, no sentido de que o Estado existe exatamente para servir os jurisdicionados, devendo implementar medidas capazes de assegurar aos indivíduos o exercício dos direitos indispensáveis à vida com qualidade. E a questão ganha relevo em tempos de pandemia da COVID -19, haja vista a complexidade das ações adotadas pelo Poder Público, a necessidade de rápidas respostas por parte do Estado e, ainda, a importância de se buscar medidas eficientes para o enfrentamento do novo coronavírus.

Como sabido, a pandemia da COVID -19 alterou sobremaneira o cenário nacional e medidas emergenciais precisaram ser adotadas para assegurar o enfrentamento da crise. De fato, o mundo enfrenta uma pandemia da COVID -19, que evidenciou, de forma bastante clara, os reflexos no mundo jurídico, mormente nas relações de trabalho e emprego, principalmente porque a Organização Mundial de Saúde recomenda o isolamento social como uma das medidas sanitárias necessárias para coibir a propagação do vírus o que reflete no fechamento de inúmeros estabelecimentos comerciais como medida de prevenção para a disseminação da COVID-19 (FIUZA, 2020).

A cronologia da COVID-19 revela uma rápida disseminação mundial, o que levou a Organização Mundial de Saúde a decretar, ainda no mês de janeiro de 2020, estado de calamidade de saúde pública de interesse internacional; e, em 11 de março foi decretado o estado de pandemia.

A doença rapidamente tomou proporções mundiais tendo em vista que em 30 de janeiro de 2020 a OMS já declarava emergência internacional. No Brasil, em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei nº13.979 a tratar de medidas emergenciais de saúde pública para enfrentamento do coronavírus, como isolamento - separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus,

quarentena - restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. – bem como uso obrigatório de máscaras e dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.(BRASIL, 2020a).

Antes mesmo de casos confirmados da doença no Brasil, em 06 de fevereiro de 2020 aprovava-se a lei da quarentena, estabelecendo, assim, regras para os brasileiros que estavam voltando ao Brasil sendo trazidos pelo governo brasileiro, posto que estavam em Wuhan. De início para regulamentar algumas das possíveis medidas que poderiam ser adotadas para enfrentar o alastre dessa doença que tanto tem impactado a população mundial. Ela prevê medidas de afastamento, quarentena e restrição de circulação das pessoas (BRASIL, 2020a).

Entretanto, o primeiro caso confirmado da doença no Brasil se deu no dia 26 de fevereiro de 2020 em São Paulo, o paciente que recebeu o título de “paciente zero” era um homem que esteve na Itália e se recuperou da doença.

Todavia, o novo coronavírus continua ativo no Brasil, não sendo possível ainda discutir dados numéricos com total exatidão, posto que estes mudam diariamente. Ainda assim, serão discutidas as ações em que o fenômeno da judicialização da política foi utilizado nesse cenário, onde o Judiciário trabalhou para garantir a prestação jurisdicional à população em face dos diversos conflitos que surgiram em decorrência da pandemia (FORBES, 2020). A gravidade é tamanha que o Brasil já conta como o número, de mais de 470 mil mortos.

Nesse sentido, a judicialização dos direitos sociais se mostra muito presente no atual contexto vivenciado pela sociedade brasileira, tanto que o Poder Judiciário vem buscando formas de se antecipar, se informar, e se qualificar para as questões que poderão ser remetidas ao seu juízo, sendo constantemente provocado para suprir omissões ou conter excessos praticados pelo Poder Público no âmbito do combate ao avanço da pandemia.

Em se tratando de direitos sociais, destaca-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 568, ajuizada em 19 de março de 2020, de autoria da Procuradoria Geral da República. Tal ação tem como relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes e discute a destinação de cerca de R\$ 32 milhões para o Estado do Acre custear ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do coronavírus. São medidas de saúde pública e, portanto, inquestionavelmente versa sobre questões sociais.

Ainda, tem-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 662, proposta

pela Presidência da República em 24 de março de 2020. Tem como relator o Ministro Gilmar Mendes, e questiona a ampliação do acesso do Benefício de Prestação Continuada, alterada por legislação já no curso das discussões quanto à pandemia.

Tem-se, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6373, ajuizada em 06 de abril de 2020. Proposta pela Confederação Nacional do Trabalho, e de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, questiona a redução das contribuições sociais ao “Sistema S”, pelo período de três meses. No caso em tela não foi deferida liminar, estando a matéria pendente de análise.

De igual forma, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Ajuizada em 06 de abril de 2020, e de autoria do Partido dos Trabalhadores, a ação questiona o levantamento do saldo de FGTS em razão da calamidade pública, também pendente de julgamento.

Outra ação que versa sobre aspectos sociais relacionados ao COVID-19 é a Ação de Constitucionalidade por missão nº 3359, ajuizada em 12 de março de 2020 pelos Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piau e Rio Grande do Norte, tem, como relator, o Ministro Marco Aurélio. A ação em comento pleiteia ao Governo Federal a suspensão de cortes no Bolsa Família, enquanto perdurar a calamidade pública em decorrência da pandemia. A liminar, no caso em tela, foi deferida.

As ações acima mencionadas decerto não esgotam as questões afetas à pandemia da COVID -19 e a judicialização da crise. Porém, demonstram não apenas a importância de se resguardar tais direitos, mas, também, a importância do Judiciário para a sua efetivação. Em tempos de crise, que reflete na economia do país, conciliar interesses é necessário e, quando não for possível, como dito alhures, é necessário buscar meios para que se efetivem os direitos sociais, privilegiando a coletividade.

Contudo, exigem uma postura diferenciada do Poder Judiciário, pois a anormalidade, a excepcionalidade do momento clama, repita-se, que o Judiciário se adeque. Como observa Mendes (2020), deve-se buscar, nesse cenário, meios para assegurar a proteção simultânea de princípios, a partir de medidas que permitam o desenvolvimento em conjunto dos princípios constitucionais. Não se busca, segundo

o Ministro da mais alta Corte do país, um declínio conjunto.

Encerra Gilmar Mendes (2020) ressaltando que assim como a Administração Pública precisa agir de forma pouco usual, ante a excepcionalidade do momento, também o Judiciário deve-se ater à necessidade de se pensar conjuntamente, averiguando todas as questões e, mesmo que aparentemente haja uma contradição, deve buscar meios para compatibilizá-las. Não

restam dúvidas, portanto, que desde a decretação do estado de pandemia, em março de 2020, inúmeras questões foram judicializadas, haja vista a dificuldade do governo em estabelecer medidas e políticas públicas para o enfrentamento da pandemia e suas consequências na saúde pública, na economia, nas relações de trabalho e emprego, dentre outros cenários.

Em decorrência da autonomia de que gozam os entes federado, e do modelo de Estado adotado pelo Brasil, normas que visem resguardar os interesses regionais e locais, editadas para conter o avanço da COVID-19, possuem amparo constitucional, inclusive prevalecendo às editadas pela União se apresentarem maior conformação com a Constituição Federal de 1988 (COSTA, 2020).

O posicionamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no dia 24 de março de 2020, onde o ministro Marco Aurélio Mello, concedeu parcialmente uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade sobre a Medida Provisória nº 926/2020 e decreto do presidente Jair Bolsonaro diante da provocação realizada pelo partido PDT, estabelecendo que Estados e municípios também possam tomar providências no combate ao novo coronavírus é um exemplo de transferência de competência do órgão legislativo para judiciário durante o cenário da COVID-19.

Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal se posicionou especificamente sobre a problemática da aquisição de vacinas pelos municípios e Estados-membros, retirando das mãos da União eventual monopólio nas negociações com os laboratórios, o que decorre, principalmente, como divulgado nos meios de comunicação, da necessidade de se agilizar a vacinação contra o novo coronavírus.

A questão chegou à apreciação da Corte nos autos da Ação Cível Originária, interposta pelo Estado do Maranhão em face da União. De relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tramita sob o nº 3451, tendo sido protocolada em 09 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020b).

Em 17 de dezembro foi deferida liminar, nos seguintes termos:

[...] Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda,

quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020. Comunique-se com urgência. Publique-se. (BRASIL,2020b).

A liminar acima transcrita foi referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de fevereiro de 2021, em julgamento virtual. Por unanimidade, foi referendada a liminar, repita-se, para que os Estados possam, em caso de descumprimento do plano de operacionalização da vacinação contra a COVID-19, adquirir vacinas que tenham sido previamente aprovadas pela ANVISA (BRASIL, 2021c).

O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021 (BRASIL,2021c).

Além da ação supracitada a questão também chegou ao Supremo Tribunal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, ajuizada pelo Distrito Federal em desfavor da União, também tramitando sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Por tramitar em conjunto, a liminar concedida em 17 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020c) e referendada em Plenário em data de 24 de fevereiro de 2021 (BRASIL, 2021b), não serão aqui transcritas, já que acima foram expostas na íntegra.

Anote-se, ainda, que os processos não foram julgados no mérito, mas as liminares autorizam que municípios e Estados-membros adquiram as vacinas para imunização, levando-se em consideração as evidências científicas e as análises estratégicas na gestão da saúde pública.

Destarte, trata-se de clara manifestação da judicialização dos direitos sociais, mormente a saúde, sendo que a mais alta Corte atuou exatamente para suprir a carência emergencial de vacinas e, assim, proporcionar meios para que os entes federados possam trabalhar na contenção da proliferação do novo coronavírus. E, nesse cenário, a reserva do

possível vem sendo pouco discutida, até mesmo porque há tendência em se priorizar a saúde, em virtude da gravidade do quadro pandêmico que assola o mundo.

Nesse sentido, no esforço financeiro para enfrentamento da Covid-19 foram abertos créditos extraordinários no orçamento público brasileiro de 2020; para tanto foram editadas diversas Medidas Provisórias como as de números 921, de 07 de fevereiro de 2020, 924, de 13 de março de 2020 e outras.

Assim, a previsão orçamentária em 2020, para faceamento à Covid-19 foi de R\$604,7 bilhões², conforme o Gráfico 1.

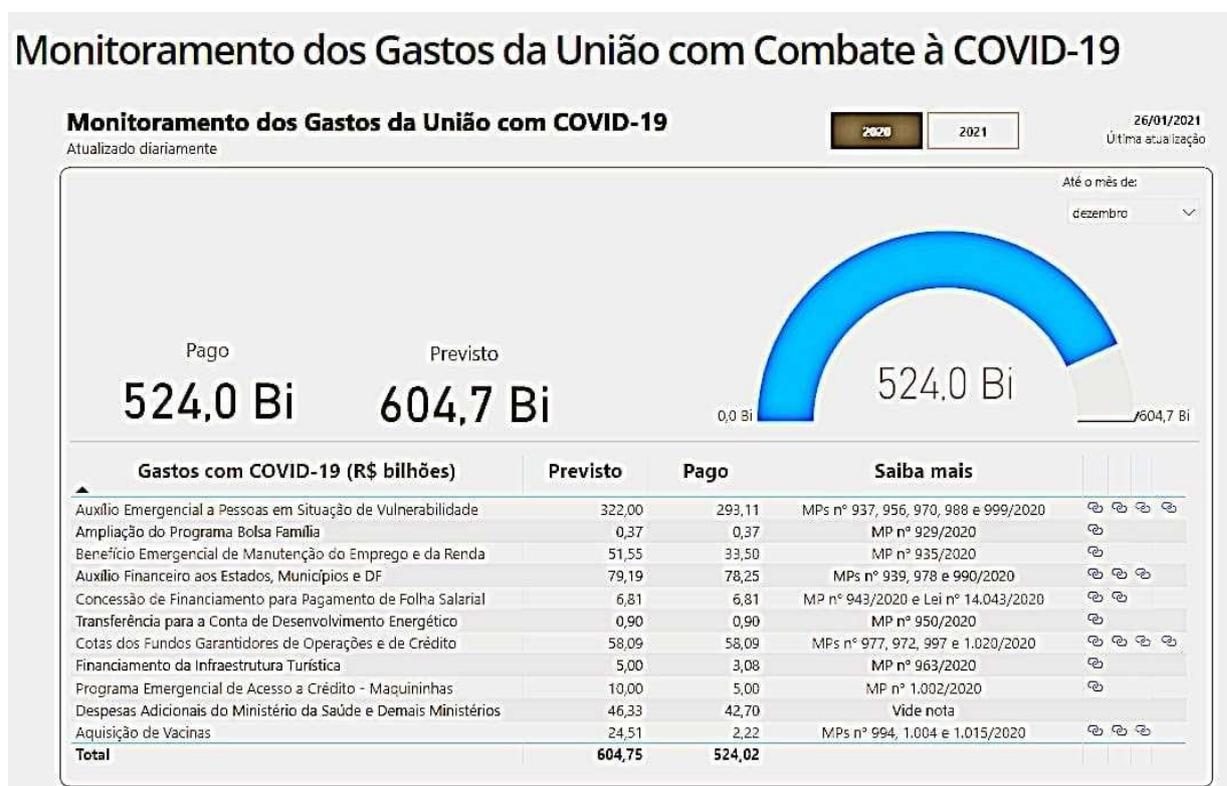


GRÁFICO 1. Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19 BRASIL, 2020.

Fonte: BRASIL, Tesouro Transparente.

<https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>

Foi pago R\$ 524,02 bilhões no combate a pandemia da Covid-19, que equivale a 15,85% dos totais dos gastos públicos (BRASIL, 2021c).

² Monitoramento dos gastos da União com COVID 19,

<https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>, visitada em 03.06.2021

Sendo o PIB brasileiro para 2020 foi de R\$7,4 trilhões³ e os gastos com a Covid 19 de R\$524 bilhões, significa dizer que mais ou menos 7,08% do PIB foram investidos no enfrentamento da COVID 19.

Contudo, em abril de 2021 o TCU apresentou um Relatório da lavra do Ministro Bruno Dantas que detalha gastos da União da pandemia da Covid-19 nosequinte teor:

No exercício de 2020, a União alocou cerca de R\$ 635,5 bilhões em dotações orçamentárias para o combate à pandemia causada pela Covid-19. Foram repassados R\$ 113,5 bilhões aos entes subnacionais para o combate à pandemia e a seus efeitos.

As três maiores despesas em 2020 foram: Programa Auxílio Emergencial, em R\$ 292,1 bilhões; Despesas autorizadas no âmbito da LC 173/2020, em R\$ 60,1 bilhões; e Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em R\$ 38,1 bilhões.

Na função saúde, foram autorizados R\$ 64,6 bilhões, dos quais foram empenhados R\$ 42,5 bilhões e pagos R\$ 39,7 bilhões. Dos valores pagos, R\$ 32,1 bilhões foram destinados a transferências de recursos para estados, Distrito Federal e municípios, e os demais R\$ 7,6 bilhões foram executados pela própria União.

Os benefícios financeiros e creditícios instituídos como medidas de enfrentamento à Covid-19 somaram R\$ 1,36 bilhão. Em 2020, a União editou atos normativos referentes à concessão de benefícios tributários a empresas e pessoas físicas. Foram diferimentos de tributos e redução de impostos regulatórios, que tiveram impacto acumulado de R\$ 172,85 bilhões.

Devido à pandemia de Covid-19 e seus desdobramentos sociais e econômicos, o déficit se elevou em R\$ 621,19 bilhões em relação à meta da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020, de R\$ 124,07 bilhões. O resultado primário do Governo Central para 2020 apresentou déficit de R\$ 745,26 bilhões, sendo que os meses de abril a setembro tiveram os piores resultados, tanto pela redução de receitas quanto pelo aumento de despesas (DANTAS, 2021 apud SCAFF, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a necessidade de judicialização para efetivação de direitos sociais no Brasil, mormente o direito à saúde, tão em voga em virtude da pandemia da COVID -19 que assola o mundo e clama, cada vez mais, a ingerência do Judiciário para a efetivação deste importante direito social.

³ Produto Interno Bruto, <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>, visitado em 03.06.2021

A pandemia do coronavírus trouxe em seu encalço a séria questão do acesso à saúde pelo brasileiro. Já de há muito é tema recorrente o recurso ao poder judiciário para exigir a prestação concreta da saúde pelo executivo, que, por sua vez, defende-se através do argumento de que é praticamente impossível a concessão de acesso universal, gratuito e de qualidade.

Os limites estruturais pelo súbito volume da demanda vultuosa quantia de dinheiro para fazer face ao aumento do número de profissionais, estrutura física, aparelhos e insumos, desaguam da mesma maneira no preceito da reserva do possível.

Apesar de não existir recursos públicos específicos para enfrentamento ao Covid 19, quando da elaboração do orçamento público para 2020, diante da situação emergencial foram alocados e dispendidos significativo montante dos recursos públicos para o enfrentamento da Covid-19, ou seja, mais ou menos 7,08% do PIB foram gastos para atender as necessidades dos cidadãos em situação de vulnerabilidade, bem como auxílio financeiro aos estados e municípios.

Para o bom desempenho do SUS, o Sistema Único de Saúde, foi e continua sendo necessário o dispêndio de vultuosa quantia de dinheiro para que possa atender aos enfermos dessa moléstia que tem dizimado milhares de pessoas no Brasil.

Não existe recursos disponíveis para atender todas as necessidades dos cidadãos, especificamente, quanto a saúde, mas diante de situação como da covid 19, o poder público está obrigado a fazer as escolhas de tal modo que seja capaz de atender a imperiosidade da necessidade, como no caso da Covid-19.

Comumente, em questões de saúde o cidadão recorre ao judiciário na busca de assegurar o direito fundamental a saúde de modo otimizado. Nesse período de covid 19 tem-se recorrido ao judiciário por falta de leitos, oxigênios e demais insumos necessários ao tratamento emergencialmente como requer a doença, que na falta de medicamento básico para sedação leva o paciente a morte. A judicialização para enfrentamento da Covid-19, além de serem pelo direito a saúde, como a vacina, em que houve negligência no início de oferta e aquisição, são, também, motivadas por razões político-ideológico, a exemplo se a administração do enfrentamento é de competência do executivo, federal, estadual ou municipal, nesse a urgência pela decisão não poderia ficar no aguardo, o socorro do judiciário foi imprescindível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Critérios jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional Rio de Janeiro: Forense**, 2018.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. **Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico** Revista do Departamentode Direito do Trabalho e da Seguridade Social, v. 3, p. 61-84, 2007.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Governo Federal, Ministério da Economia. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**. Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2021

_____, **Tesouro Transparente**. <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>, Brasília: 2020. Acesso em: 03 de junho.2021a.

_____. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. **Recursos Federais destinados ao combate da pandemia de CORONAVÍRUS (COVID-19)**. 2021c <http://www.portaltransparencia.gov.br/coronavirus?ano=2020>. Acesso em: 15 abr.2021.

_____. Ministério da Saúde. **Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus**. 2020a. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 15 abr.2021b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Originária nº 3451**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, 2020b/2021. Disponível em:

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, 2020c/2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em: 15 abr.2021.

COSTA, Ganem. **Aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial no Fornecimento de Medicamentos**. Revista IOB de Direito Administrativo, n. 54, a. 5, jun. 2010.

COSTA, Pablo Drews Bittencourt. **Federalismo brasileiro em pleno funcionamento**

em tempos de COVID-19. A Gazeta, 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/artigos/federalismo-brasileiro-esta-em-pleno-funcionamento-em-tempos-de-COVID-19-0420>. Acesso em: 15 abr.2021.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **O direito nas políticas públicas.** In: A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: UNESP, 2013.

DANTAS, Bruno. **Relatório do TCU a execução orçamentária das medidas de combate à pandemia de Covid-19.** Brasília: 2021

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. **A saúde precisa de juízes epidemiologistas!** Saúde em Debate, São José do Rio Preto, São Paulo, v. 33, n.81, p. 80-87, 01 abr. 2009. DF

DOMINGUES, José Marcos. **Atividade Financeira e Direitos Sociais.** Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas: Caderno de Direito Comparado, v. 8, n. 45, p. 11-35, jul./ago. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério; tradução e notas Nelson Boeira.** São Paulo: Martins Fontes, (Justiça e direito), 2002

FALEIROS, Vicente P. **O que é política social.** São Paulo: Brasiliense, 1999.

FIUZA, Michelle. **A epidemia ocasionada na relação de emprego pela pandemia da COVID -19.** Migalhas, 30 mar.

2020. Disponível em:

FORBES. **STF considera que Estados e municípios podem agir para combater coronavírus.** Forbes, 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2020/03/stf-considera-que-estados-e-municipios-podem-agir-para-combater-coronavirus/>. Acesso em: 15abr.2021.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 49, jan. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 15 abr.2021.

HESSE, Konrad. **A Força normativa das constituições.** Tradução e notas de Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, ano do centenário da Faculdade de Direito da Bahia -1991

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta de conjuntura.** Brasília, DF, 2021. <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura>. Acesso em: 15 abr.2021.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KRELL, Andrés J., **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 apud KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Em torno da Reserva do Possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beletti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2. ed. 2. tir., Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet, MARTIRES, Inocência Coelho.

Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos. Brasília: Brasília Jurídica, 2002

MENDES, Gilmar. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível:** caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www>

MENEGUIN, Fernando. B.; BUGARIN, Mauricio. S. **Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário:** uma Aplicação de Teoria dos Jogos. Texto para Discussão do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, v. 160, p. 1-37, 2014 [s/p].

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Aline da Matta. **As Restrições em torno da Reserva do Possível:** Uma Análise Crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Alinie Da Matta Moreira. **As restrições em torno da reserva do possível - Uma análise crítica.** Editora Foro, Belo Horizonte - MG – Brasil, 261 p., 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional / Flávio Martins Alves Nunes Júnior.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Brasil I. Título. 18-2297 CDU 342(81)

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OMS – Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

ONU – Organização das Nações Unidas. **América Latina enfrenta tanto a pandemia quanto as consequências econômicas.** Publicado em 28/04/2020.

PADILHA, Rodrigo Padilha. **Direito Constitucional.** Edição: 6, Editora: Método. São Paulo, 2020

PASOLD, César Luis. **A função social do Estado Contemporâneo.** Florianópolis: [s.n.], 1984.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição De 1988**.

Revista Diálogo Jurídico. Ano I, n. I, Bahia: abril de 2001.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Editora Lumen Iuris, 2 edições, 2008

SCAFF, Fernando Facury. **Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e escolhas trágicas**. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas> Acesso em: 25/04/2021

SCHÄFER, J. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Walfrido Vianna Vital da. **A Constituição de 1988 e a nova ordem social - A efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana**. Revista de Informação Legislativa. Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília – DF, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007, p.235

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária** in. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da capacidade contributiva: limites e critérios para o tributo. Revista SJRJ, 2014 - jfrj.jus.br

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. **A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 01 nov. 2010/fev. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>. Acesso em: 15 abr.2021.

VAZ, Anderson Rosa. **A Cláusula da Reserva do Possível como Instrumento de Efetivação planejada dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e culturais.** In: Revista de Direitos Constitucional e Internacional. São Paulo. Ano 17, n. 67, p. 9-38, abr./jun. 2009.

VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 15 abr.2021.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,** 2006, [online]. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf - Acesso em 12 jun. 2021