

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

jarbascunha@fiocruz.br

Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz (Prodisa –
Fiocruz/Brasília – DF)

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL
COMO NORTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À
SAÚDE NO BRASIL**

Artigo submetido à avaliação da comissão responsável pela área temática nº 8 – “Direito e Desenvolvimento” da Conferência de Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (CODE-IPEA).

Brasília

2011

RESUMO

O presente artigo tem como escopo prioritário a análise histórico-conceitual do princípio da proibição do retrocesso social como forma de garantir a efetivação do direito à saúde. Inicialmente, abordaremos a origem e a constitucionalização do direito à saúde. Logo após, analisaremos a origem e desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso social, seu surgimento no direito constitucional europeu e sua receptividade em nosso direito pátrio. A seguir, demonstraremos as teses legislativas e doutrinárias que colidem com a consolidação do direito à saúde no Brasil e como o princípio da proibição do retrocesso social pode ser um instrumento garantista desse direito. Ao final, avaliaremos a eficácia deste princípio para a garantia e avanço na efetivação do direito sanitário brasileiro.

Palavras-chave: direito à saúde; princípio da proibição do retrocesso social, Estado, Constituição.

ABSTRACT

This article is scoped priority historical and conceptual analysis of the principle of prohibition of social regression in order to guarantee the realization of the right to health. Initially, we discuss the origin and the constitutionalization of the right to health. Soon after, we analyze the origin and development of the principle of prohibition of social regression, its appearance in European constitutional law and its reception in our country. Here, we demonstrate the thesis that legislative and doctrinal conflict with the consolidation of the right to health in Brazil and the principle of prohibition of social regression can be a guarantee of those rights. At the end, we evaluate the effectiveness of this principle for the effective guarantee and advance in Brazilian health law.

Keywords: right to health; principle prohibiting the social regression, State Constitution.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO NORTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo prioritário a análise histórico-conceitual do princípio da proibição do retrocesso social como forma de garantir a efetivação do direito à saúde frente às restrições que este vem sofrendo.

Inicialmente, abordaremos a origem e a constitucionalização do direito à saúde. Logo após, analisaremos a origem e desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso social, seu surgimento no direito constitucional europeu e sua receptividade em nosso direito pátrio. A seguir, demonstraremos as argumentações legislativas e doutrinárias que colidem com a consolidação do direito à saúde no Brasil e como o princípio da proibição do retrocesso social pode ser um instrumento garantista desse direito. Ao final, avaliaremos a eficácia deste princípio para a garantia e avanço na efetivação do direito sanitário brasileiro.

2 O DIREITO À SAÚDE

Durante anos, as políticas públicas de saúde tiveram como objetivo principal propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à reprodução social do capital e, dialogando com este modelo, o setor sanitário brasileiro foi marcado por forte cunho assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista, com ínfima prioridade para as políticas de promoção e proteção da saúde.

Historicamente, a saúde pública foi fortemente negligenciada, não havendo nenhuma participação da população em seus debates. Diante deste quadro da área de saúde em nosso país, teve início um dos movimentos mais importantes em prol da saúde pública do Brasil: o movimento pela Reforma Sanitária. Tal movimento foi importante pela luta por uma saúde pública e universal.

Nos anos 80, com a redemocratização do Brasil, o Movimento pela Reforma Sanitária conseguiu uma importante vitória com a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS), em que foi debatida não só a importância de um Sistema Único de Saúde (SUS), mas a efetiva e completa Reforma Sanitária.

O Movimento pela Reforma Sanitária também influenciou a Assembléia Nacional Constituinte onde estava sendo gestada a nossa nova Carta Política. O resultado desta luta foi a ratificação em nosso texto constitucional do direito à saúde como um direito fundamental social devendo ser implementado pelo Estado.

Em uma interpretação mais ampla, já no artigo 1º de nossa Constituição, se inicia a proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, que, por sua vez, é complementado pelo artigo 3º que constitui como objetivo desta

República a promoção do bem de todos. No artigo 5º há a inviolabilidade do direito à vida e, finalmente, no artigo 6º, o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais (FIGUEIREDO, 2007; AITH, 2007).

Outro artigo importante em nossa Carta Política é o artigo 196 que prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A conclusão que chegamos é que a saúde é um direito de todos os cidadãos brasileiros, fruto de muita luta e conquista e que gera, por sua vez, o dever do Estado de propiciá-lo imediatamente, sob pena de ser instado judicialmente a fazê-lo.

Veremos, no entanto, que apesar de estar constitucionalizado, o direito à saúde está sendo ameaçado por projetos de lei que tendem a delimitar e restringir seu escopo, e como o Princípio da Proibição do Retrocesso Social pode ser um instrumento importante na luta pela manutenção e ratificação desse direito fundamental social.

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

3.1 Os direitos sociais, crise do “*Welfare State*” e Princípio da Proibição do Retrocesso Social

O Estado do Bem Estar Social atingiu seu ápice nos anos de ouro (1945-1973) do capitalismo mundial, com altas taxas de crescimento econômico e efetivação dos direitos sociais. Exemplos de atuação bem sucedida deste ideário são o *New Deal* estadunidense, que implementou um plano de obras e de pleno emprego para recuperar a economia, e a constitucionalização de políticas sociais implementadas pela social-democracia européia, que concedeu aos seus habitantes direitos à aposentadoria, saúde, educação, habitação, etc., ratificando, na prática, os direitos da segunda geração¹ (FARIA, 2002; AZEVEDO, 2000; BONAVIDES, 2008).

Mas com os choques do petróleo² da década de 1970 este modelo de Estado entrava em declínio, pois com a crise econômica diminuía o crescimento e, naturalmente, a arrecadação de tributos que sustentava o *Welfare State*. Assim, o Estado

¹ Enquanto os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos - podem ser classificados como direitos do indivíduo contra o Estado Absolutista, resultado das Revoluções Liberais do século XVIII, como, por exemplo, vida, liberdade, etc.; os direitos de segunda geração exigem uma contraprestação do Estado para a sua garantia, resultado da Revolução Industrial do século XIX, são classificados como direitos fundamentais sociais: direito à saúde, à educação, à aposentadoria, etc. Mais tarde, surgiu a terceira geração de direitos que é classificada como direitos difusos ou coletivos, como a defesa do consumidor, do meio ambiente, da solidariedade ou fraternidade (BOBBIO, 2009).

² Os choques do petróleo da década de 70 foram desencadeados num contexto de déficit de oferta deste bem não-renovável, com o início do processo de nacionalizações e de uma série de conflitos envolvendo os produtores árabes da influente OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), como a Guerra dos Seis Dias (1967), a Guerra do Yom Kippur (1973), a Revolução Islâmica no Irã (1979), e a Guerra do Golfo entre Irã e Iraque (1980-88). Os preços do barril de petróleo atingiram valores estratosféricos, chegando a aumentar em mais de 300 % em apenas cinco meses (17/10/73 a 18/03/74), o que provocou fortíssima recessão na economia dos EUA e da maioria dos países europeus, abalando todo o mundo (SHAH, 2007).

gastava mais do que arrecadava e foi acumulando um profundo déficit interno (BONAVIDES, 2008; BENJAMIN, 2004; AZEVEDO, 2000).

A crise do *Welfare State* trouxe várias consequências para o dito “Estado-Providência” e seu arcabouço jurídico. As conquistas jurídicas em torno dos direitos sociais, como sua constitucionalização, publicização e contínua efetividade e garantia por parte do Estado foram perdendo espaço para a nova conjuntura que começava a se desenhar na década de 1980, e que ainda continua vigente. Esta nova conjuntura política e econômica baseia-se em maximizar a atuação do mercado e minimizar, tanto quanto possível, a atuação do Estado, principalmente em relação à efetividade dos direitos sociais, com a justificativa de que o Estado não tem condições financeiras para manter qualquer tipo de direito aos cidadãos que implique em prestação pública de serviços como saúde, educação e habitação. (FARIA, 2002; DALLARI, 2009; BONAVIDES, 2009).

Com esta difícil conjuntura desenhada, parte dos juristas europeus - Canotilho, Jorge Miranda, Vital Moreira, Pallieri, Zagrebelsky *apud* DERBLI (2007), não ficou inerte e deu início aos primeiros raciocínios político-jurídicos em defesa da manutenção do Estado social e dos direitos sociais já resguardados constitucionalmente. Esses raciocínios mais tarde ajudariam a consolidar e a sistematizar aquilo que se convencionou denominar de “princípio da proibição do retrocesso social” (DERBLI, 2007; CONTO, 2008).

Para uma inicial conceituação sobre o princípio da proibição do retrocesso social, podemos afirmar que ele está inserido na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais. Uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social - aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado ou por particulares - fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (DERBLI, 2007; CONTO, 2008; NETTO, 2010).

3.2 Atualidade frente à crise econômica

O princípio da proibição do retrocesso social entra numa fase decisiva com a recente crise econômica que se iniciou nos EUA (crise imobiliária de 2008) e, que, entre 2009 e 2011 vem assolando países da Europa Ocidental, colocando em risco a manutenção do Euro (moeda) e da União Européia, tendo consequências gravíssimas sobre o que restou da Constituição Dirigente e de seus direitos sociais (PECEQUILO, 2010).

Juristas dos países mais atacados por esta nova crise, pejorativamente denominados de “PIGS”³ – Portugal, Itália, Grécia e Espanha – estão, neste momento, tentando avançar na sistematização e consolidação deste princípio para impedir mais uma nova onda de ataques contra os seus cidadãos e seus direitos.

Temos que observar com a devida atenção este momento paradigmático, pois frente esta novíssima conjuntura, dependendo do complexo desencadeamento do processo social, são colocadas duas questões fundamentais: ou o princípio da proibição do retrocesso social se fortalecerá e se consolidará protegendo de forma mais ampla o leque dos direitos sociais constitucionalizados; ou o princípio, que já se encontra

³ Pejorativo pois PIGS significa porcos, em inglês.

enfraquecido por uma série de fatores, como a perda da soberania dos Estados⁴ e a consequente flexibilização e desconstitucionalização dos direitos fundamentais constitucionais, perecerá definitivamente e somente será lembrado como um resquício histórico.

3.3 Surgimento e desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso social no Brasil

Enquanto na Europa podemos comprovar que a discussão em torno do princípio da proibição do retrocesso social se encontra bastante avançada, em nosso país tal assunto ainda está em seu início, ainda à procura de uma sólida sistematização em sua doutrina e jurisprudência. Tal fato pode ser atribuído à sua característica de país de modernidade tardia ou de sistema capitalista tardio⁵ (STRECK, 2008).

Somente na década de 90, com a abertura do mercado e conseqüente flexibilização dos direitos no Brasil, é que a nossa Constituição começa a sofrer os ataques contra os direitos sociais, via emendas constitucionais e medidas provisórias. A doutrina e jurisprudência também começam a absorver os ditames deste novo período econômico e social, onde vige a desnacionalização⁶ e desconstitucionalização de direitos, na tentativa açodada de legitimar estes novos ares. Tal como aconteceu na Europa, juristas brasileiros resistentes, tais como Pablo Castro Miozzo e Felipe Derbli, começam a questionar tais mudanças e se levantam em defesa das conquistas da Constituição utilizando como instrumento o princípio da proibição do retrocesso social (COMPARATO, 2003; DALLARI, 2009; BONAVIDES, 2009).

Pablo Castro Miozzo tem uma proposta progressista ao defender que o princípio da proibição do retrocesso social se encontra elencado na Constituição de 1988, em seu artigo 3º, inciso II, que diz: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II - garantir o desenvolvimento nacional” (grifo nosso).

E, por fim, Felipe Derbli sintetiza da seguinte forma:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social (DERBLI, 2007, p. 202)

⁴ Entendemos como perda da soberania dos Estados os que não possuem certa margem de manobra sobre seus dispositivos e controles (sejam estes econômicos, políticos, sociais, etc.), Estados que perderam autonomia e independência de ação em virtude do excessivo controle que o capital financeiro internacional exerce neste mesmo Estado (GRAU, 2003).

⁵ País de modernidade tardia ou sistema capitalista tardio é o país que, por sua posição periférica na geopolítica mundial sente *a posteriori* os efeitos da conjuntura internacional (STRECK, 2008).

⁶ Desnacionalização é um conceito próximo de perda de soberania e de desconstitucionalização. Significa a perda de vigência nacional de leis, culturas, princípios em certos setores, como, por exemplo, a empresa nacional que é adquirida por um grupo estrangeiro e este impõe aos seus empregados a legislação de sua matriz alienígena (SILVA, 2008).

Das definições aqui representadas, destacamos o consenso conceitual deste princípio que é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social. Este é o grande norte conceitual do princípio da proibição do retrocesso social, a partir dele são feitas variações que enriquecem e complementam o estudo deste instrumento jurídico.

4 TESES QUE RETROCEDEM O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Em relação ao direito à saúde, objeto específico de nosso estudo, analisaremos algumas tentativas de restrição e, até mesmo, de total exclusão deste direito que estão sendo perpetradas tanto em âmbito legislativo quanto em âmbito doutrinário e como o princípio da proibição do retrocesso social pode impedir esses ataques ao respectivo direito.

No primeiro caso, analisaremos o Projeto de Lei do Senado (PLS) 219/07, de autoria do ex-senador Tião Viana (PT/AC) e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 341/09, de autoria do ex-deputado Regis de Oliveira (PSC/SP), ambos arquivados mas, como veremos, repletos de justificativas bastante influentes perante o Legislativo brasileiro.

No segundo caso, analisaremos conceitos doutrinários que legitimam a flexibilização, desregulamentação e desconstitucionalização do direito à saúde como, por exemplo, as teses relativas ao mínimo existencial, reserva do possível e escassez de recursos financeiros.

4.1 Análise legislativa

4.1.1 Projeto de Lei do Senado Federal 219/07

O Projeto de Lei do Senado 219/07 é de autoria do ex-senador Tião Viana⁷, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Estado do Acre. Este PLS foi protocolado no dia 03 de maio de 2007, mas foi rejeitado no dia 31 de maio de 2010 pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal. Mesmo sendo rejeitado é de fundamental importância a análise deste projeto, pois ele representa um clássico exemplo de nosso objeto de estudo e foi alvo de várias polêmicas nestes mais de três anos de tramitação.

O intuito principal desse projeto foi de alterar a Lei 8080, de 19 de setembro de 1990, especificamente a alínea “d” do inciso I do artigo 6º para dispor sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Na justificativa do projeto, o senador Tião Viana critica a interpretação jurídica sobre o princípio da integralidade, deixando claro que esse princípio não pode ser entendido como absoluto e, por isso, deve ser restrito a determinadas ações

Desta maneira, portanto, o mencionado senador propôs a alteração do artigo 6º da Lei 8080/90, para definir o conceito de integralidade de assistência à saúde, reduzindo-o à oferta dos procedimentos e medicamentos constantes na política pública de saúde (MARQUES, 2009).

⁷ O atual governador do Acre, foi senador por aquele Estado da Federação durante a 53ª Legislatura (2007-2010) ocasião em que apresentou o projeto de lei comentado, como de sua autoria.

4.1.2 O princípio da proibição do retrocesso social e o Projeto de Lei do Senado (PLS) 219/07

Iniciaremos a análise crítica desse projeto de lei usando como argumento principal o princípio da proibição do retrocesso social. Para subsidiar nosso estudo referente a esse caso, utilizaremos o artigo de Marques (2009)⁸.

Pois vejamos como a autora explana seu argumento:

Ao reduzir o princípio constitucional de integralidade de assistência à saúde à oferta pública de medicamentos, selecionados pelo gestor público, o presente projeto de lei representa um retrocesso em relação à garantia ampla dos direitos humanos, focada em princípios que permitem a garantia digna da saúde de todos (2009, p.19).

[...] a ameaça de restringir a aplicação de um princípio constitucional à política pública estabelecida pode representar um retrocesso em relação à garantia do direito à saúde, nos moldes em que foi concebido pela Constituição Federal de 1988 e pela tão sonhada reforma sanitária no Brasil (2009, p. 20).

Desta forma, para garantirmos a integralidade do direito à saúde precisamos utilizar como instrumento jurídico eficaz o princípio da proibição do retrocesso social. Tal princípio tem como função obstaculizar, constitucionalmente, argumentos consentâneos com o PLS supramencionado, pois este defendia a restrição, redução e o retrocesso da integralidade do direito à saúde, atingindo assim, o cerne de um direito fundamental social consolidado em nossa Constituição.

4.1.3 Proposta de Emenda Constitucional 341/09

A Proposta de Emenda Constitucional 341/09 foi apresentada ao plenário da Câmara dos Deputados pelo ex-deputado federal Regis de Oliveira⁹ do Partido Social Cristão (PSC) do Estado de São Paulo no dia 24 de março de 2009. A proposta foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados no dia 31/01/2011.

Esta PEC tinha o escopo de “enxugar” a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, retirando mais de 80% de seus artigos, reduzindo os 250 artigos do texto atual a apenas 62, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que hodiernamente conta com 96 artigos, passaria a ter somente 1 (um) artigo.

Temas como saúde, educação, seguridade e previdência social, ciência e tecnologia, cultura, comunicação, dentre outros, deixariam de ser tratados pela Constituição, sendo disciplinados por legislação ordinária.

⁸ Intitulado “O Princípio Constitucional da Integralidade de Assistência à Saúde e o Projeto de Lei n.219/07: Interpretação e Aplicabilidade pelo Poder Judiciário”, publicado na Revista de Direito Sanitário.

⁹ Não conseguiu reeleger-se para a 54ª legislatura (2011-2014).

Desta forma, o deputado federal Regis de Oliveira propôs essa emenda constitucional que desconstitucionaliza direitos consagrados na Constituição da República Federativa de 1988.

4.1.4 O princípio da proibição do retrocesso social e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 341/09

Para subsidiarmos esta análise crítica sobre a PEC 341/09 e sua relação com o princípio da proibição do retrocesso social utilizaremos o artigo do secretário geral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinicius Furtado Coelho, publicado na página virtual da OAB (www.oab.org.br) em 31 de julho de 2009, intitulado “Enxugamento da Constituição é Inconstitucional”.

Coelho explicita, de maneira límpida e direta, o ataque perpetrado pela PEC 341/09 ao princípio da proibição do retrocesso social:

Os direitos sociais não podem ser amesquinçados, sob pena de agressão ao princípio da "proibição do retrocesso", impeditiva da subtração ou diminuição injustificada dos direitos decorrentes da democracia econômica, social e cultural, em violação ao princípio de proteção e de confiança e de segurança dos cidadãos. Tal ordem democrática impõe ao Estado o desenvolvimento de atividades conformadoras e transformadoras, evoluindo no sentido de aproximar a realidade do texto constitucional, bem assim contém uma autorização para a adoção das medidas necessárias a implantação da justiça social, com a justificativa de execução das normas constitucionais (2009, disponível na URL: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17534>, consultado em 31/07/10).

Portanto, precisamos utilizar como instrumento legítimo de garantia da constitucionalização de nossos direitos sociais o princípio da proibição do retrocesso social. A interpretação, por parte dos operadores do Direito, com base no princípio ora citado, permite a consolidação e conseqüente avanço – além de impedir qualquer tipo de retrocesso – da consolidação dos nossos direitos fundamentais sociais, principalmente o consagrado direito à saúde, de vital importância para a sociedade brasileira.

Depois desta análise crítica sobre o PLS 219/07 e sobre a PEC 341/09, voltaremos nossa atenção para a análise crítica doutrinária que está sendo construída para legitimar as iniciativas dos parlamentares em relação à restrição ou retirada dos direitos fundamentais sociais da Constituição, em especial ao direito à saúde.

4.2 Análise doutrinária

4.2.1 Mínimo existencial

O mínimo existencial surgiu da riquíssima cultura jurídica alemã - que tanto nos influencia - na segunda metade do Século XX. No país germânico este conceito é desenvolvido e ratificado não só no âmbito jurídico, mas também no legislativo e administrativo, tornando-se uma referência na solução de litígios e influenciando o direito comparado (BARCELLOS, 2001; TORRES, 2008).

No Brasil, este debate é muito recente, ganhando força na última década e ainda se encontrando em permanente construção doutrinária. Juristas como Ricardo Lobo Torres (2008) e Ana Paula de Barcellos (2001) têm contribuído com novos enfoques sobre o tema.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, em seu livro “O Direito ao Mínimo Existencial” ele usa a seguinte conceituação:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas, condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (2008, p.32-33).

Já Ana Paula de Barcellos (2001) advoga que o mínimo existencial deve preceder o princípio da dignidade da pessoa humana devendo o Estado ofertar para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico:

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade (BARCELLOS, 2001, p.304).

Ana Paula Barcellos (op.cit.) ainda enumera, de forma explícita, como seria constituído este mínimo existencial: saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo.

4.2.2 Reserva do possível

O instituto da reserva do possível também deve a sua origem à Alemanha, especificamente à Corte Constitucional Federal germânica, na década de 70, para ser um contraponto, um limite, às benesses do Estado do Bem Estar Social.

A jurista Ana Paula de Barcellos assim o define:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, em última análise, da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2001, p.260).

4.2.3 Exercício do direito à saúde e escassez de recursos financeiros

Há argumentações jurídicas que tentam comprovar que o Estado não tem recursos financeiros suficientes para implementar uma política pública de saúde conforme a Constituição Federal.

Autores como Octávio Luiz Motta Ferraz, Sulpino Vieira e Gustavo Amaral têm o explícito intuito de extinguir o princípio da universalidade ou integralidade, interpretado por nossa Constituição em seu artigo 196 que determina que o Estado deve adotar políticas sociais e econômicas e ações e serviços de saúde de acesso universal e igualitário, com o argumento da falta de recursos financeiros.

É o que se pode concluir do seguinte trecho do artigo de Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira:

[...] é extremamente complexo especificar com precisão o que a igualdade e a universalidade requerem, e o principal fator complicador é sem dúvida a escassez de recursos levantada anteriormente. Se os recursos fossem infinitos, como popularmente se pensa que sejam, o princípio do acesso universal igualitário poderia ser facilmente concretizado pela alocação de recursos de acordo com as necessidades de saúde de cada um. Contudo, em face da escassez de recursos, a necessidade individual é claramente insuficiente como critério alocativo. Outros critérios são necessários para determinar quais, entre os inúmeros indivíduos necessitados dos recursos escassos, terão suas necessidades atendidas e quais não terão, o que, muitas vezes, apresenta consequências fatais (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p.18).

Complementa este argumento o doutrinador Gustavo Amaral, em seu livro: *Direito, Escassez e Escolha*:

“Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não à outra (AMARAL, 2001, p.37)

4.3 O princípio da proibição do retrocesso social e as teses doutrinárias que atacam o direito à saúde

4.3.1 O princípio da proibição do retrocesso social e o mínimo existencial

Sobre a especificidade do direito à saúde, o mínimo existencial está sendo desenvolvido com o claro intuito de restringir este direito somente à saúde básica, como vimos na definição da jurista Ana Paula de Barcellos (2001). Também tem servido para legitimar projetos de lei que almejam restringir ou excluir o direito à saúde da Constituição, principalmente o seu artigo 196 que sustenta a universalidade e integralidade do direito à saúde, demonstrando, dessa forma, um explícito retrocesso social.

Liang Wang retrata este quadro em seu artigo:

Pensando no problema concreto específico da judicialização do direito à saúde, acredito que seja muito difícil que o conceito de mínimo existencial trabalhado pelos autores possa autorizar o juiz a determinar se a administração ou o legislador errou, ou não, em recusar fornecimento de um determinado medicamento ou tratamento. Quando se trata de direito à saúde, em que se pede medicamento ou tratamento médico, a relação com a vida e a dignidade da pessoa humana é presente em praticamente todas as situações. Então, tirando os casos aparentemente menos complicados de se resolver, como aqueles envolvendo tratamentos ou medicamentos sem eficácia comprovada ou que possuem alternativas de mesma eficácia e custo menor, os juízes não poderiam considerar questões envolvendo o mínimo existencial (2008, p.8).

Vimos, portanto, que o denominado mínimo existencial tem como escopo retroceder os direitos sociais à categoria de direito básico, um mínimo de cidadania que não condiz com a natureza preceptiva de nossa Constituição.

Assim, pela orientação hermenêutica progressista de nossas normas constitucionais, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social deve buscar a anulação do conceito de mínimo existencial com o argumento de que não podemos voltar a um estágio antiquado onde só havia a consolidação formal de direitos que representavam migalhas de cidadania (MARMELSTEIN, 2009).

4.3.2 O princípio da proibição do retrocesso social e a reserva do possível

É axiomático que o direito à saúde, assim como todos os direitos, não é absoluto, devendo-se analisar a proporcionalidade, a razoabilidade e o caso específico em si. Mas usar o argumento de que não há recursos disponíveis, de modo irresponsável, ou seja, sem comprovação empírica, é característica de setores que tem como escopo principal restringir e, até mesmo, retirar o direito à saúde da Constituição, atacando principalmente os princípios da integralidade e universalidade (DA SILVA, 2010; MARMELSTEIN, 2008).

Complemento este raciocínio com a citação de trecho da tese de doutorado de Fernando Aith¹⁰:

[...] a diretriz de integralidade das ações e serviços públicos de saúde representa um importante instrumento de defesa do cidadão contra eventuais omissões do Estado, pois este é obrigado a oferecer, prioritariamente, o acesso às atividades preventivas de proteção da saúde. A prevenção é fundamental para evitar a doença, entretanto, sempre que esta acometer um cidadão, compete ao Estado oferecer o atendimento integral, ou seja, todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, dentro do estágio de avanço do conhecimento científico existente. Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico

¹⁰ Intitulada *Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro*.

para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população (AITH, 2007, p. 397-398).

Portanto, a consecução do direito à saúde por parte do Estado é obrigatória e deve atender a todos. A reserva do possível não deve ser usada como argumento a obstaculizar esta conquista da nossa cidadania, pois como vimos, ela necessita de uma melhor definição em relação a seus critérios objetivos, assim como precisa comprovar seu pressuposto básico - a escassez de recursos por parte do Estado brasileiro (MARMELSTEIN, 2009; DA SILVA, 2010).

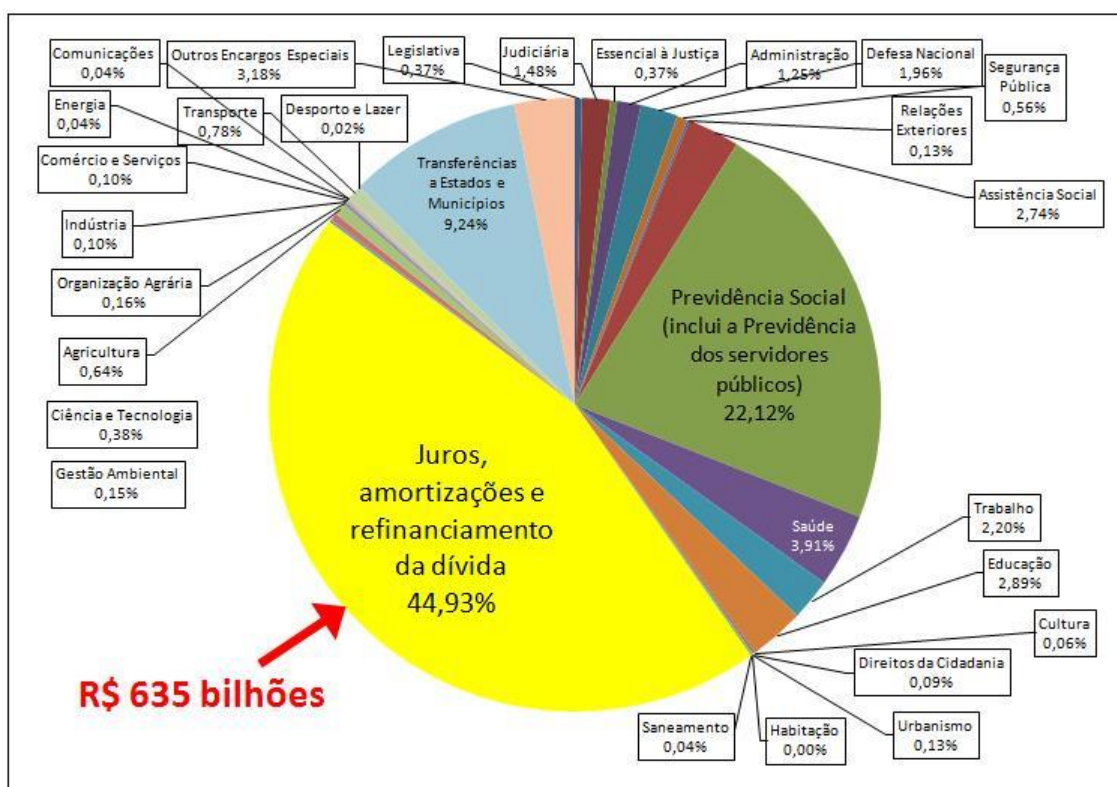
4.3.3 O princípio da proibição do retrocesso social e a escassez de recursos financeiros

Vimos que as duas principais análises doutrinárias que defendem o retrocesso do direito à saúde (mínimo existencial e reserva do possível) são embasadas no argumento de que o Estado não tem recursos suficientes disponíveis. Será que tal afirmação realmente procede? Será que o Estado brasileiro não tem recursos suficientes para implementar, de modo satisfatório, o direito fundamental à saúde, conforme expresso em nossa Constituição Federal?

Tentaremos responder essas indagações com um exemplo prático: o remanejamento dos recursos utilizados para pagar a dívida pública interna e externa para o orçamento da saúde. Com este ato, que exige vontade política (realização de uma auditoria), teríamos recursos em quantidade suficiente para atender os principais problemas da área da saúde (FATORELLI, 2007; SICSÚ, 2007).

O motivo pelo qual usaremos este exemplo é que há vários anos o Governo destina para o pagamento de juros e amortizações da dívida o maior montante do seu orçamento, relegando para a área da saúde uma quantia ínfima se comparada com aquele, como vemos no seguinte gráfico:

Figura 1 – Orçamento Geral da União 2010 – Total: R\$ 1,414 Trilhão



Fonte: SIAFI. Elaboração: Auditoria Cidadã da Dívida.

A auditoria da dívida é de fundamental importância para que seja feito o remanejamento de recursos para as áreas sociais. Tal instrumento está elencado no art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988:

Art.26: No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

Nós defendemos que esta auditoria constitucional da dívida deve ser realizada e que os recursos disponíveis atualmente para o pagamento de juros e amortizações da dívida sejam realocados única e exclusivamente para a efetivação do direito à saúde (COMPARATO, 2003).

Tal argumentação é legitimada pelo fato de considerarmos o direito à saúde como o principal direito fundamental social erigido pela Constituição. Sem saúde, o cidadão não terá condições físicas nem psíquicas para se educar, para trabalhar, para o lazer, etc. O direito à saúde, portanto, é o primeiro dentre os direitos sociais.

Com esta análise, demonstramos que o Estado é dotado de muitos recursos, o que falta, como já salientamos, é vontade política para a correta aplicação desses recursos financeiros em prol das aspirações da cidadania.

Fazemos a observação de que não podemos nos descuidar da necessidade de se destinar mais recursos à saúde, além dos destinados hoje para atender todas as

necessidades amplas de saúde da população. Muito menos da necessidade de se regulamentar a emenda constitucional nº 29¹¹ a contento, e da necessidade de compelir os Estados e Municípios a aplicarem o percentual mínimo que devem investir dentro do setor saúde, e de serem devidamente responsabilizados por suas omissões.

Tanto é assim que a proposta que advogamos, de auditoria da dívida, vai ao encontro dos anseios da regulamentação da emenda constitucional nº 29 pois aumentaria a quantidade de recursos financeiros mínimos para aplicação de ações e serviços públicos de saúde pelos entes federativos.

Portanto, tal desdobramento faz com que a tese da escassez de recursos não passe de legitimação de um retrocesso social, refletindo nas construções conceituais sobre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. O fato de que se comprove que o Estado dispõe de recursos financeiros anula essas teses que defendem o retrocesso.

Para maior efetividade jurídica, é de vital importância interpretarmos essa questão à luz do princípio da proibição do retrocesso social, haja vista que há vários retrocessos no que tange a esse tema, basta citarmos que parte do dinheiro da extinta Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) e dos *royalties* originários da extração de petróleo que eram para ser destinados para a saúde, retrocediam na aplicação desses recursos ao direcioná-los para o pagamento da dívida pública (SICSÚ, 2007; PAULANI, 2008).

Neste caso específico, o princípio da proibição do retrocesso social se relaciona não somente com a efetivação dos direitos sociais, mas também com a defesa da soberania, do Estado e da conseqüente nacionalização desses recursos.

Como relata Miozzo (2005), o princípio da proibição do retrocesso social deve impelir ao Estado o desenvolvimento nacional em consonância com sua soberania, não podendo jamais retroceder neste objetivo.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso social pode ser utilizado para garantir o direito à saúde com todas as suas características asseguradas pela Constituição e pela Lei Orgânica da Saúde. Mas para isso, é preciso que haja uma mudança de mentalidade e de conduta e necessária aproximação por parte dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a realidade social de nosso país.

O princípio, por si só, não mudará nossa realidade e não será a panaceia para todos os nossos problemas constitucionais, mas, sendo utilizado por uma hermenêutica compromissada com a efetivação da cidadania por meio de direitos fundamentais sociais, pode ser um importante instrumento de efetivação do nosso Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

¹¹ Em 2000, pela EC n. 29, foi dada nova redação ao § 2º do art. 198 [da Constituição Federal] garantindo que o financiamento da saúde deve ter volume e regularidade adequados e que a União, Estados e Municípios devem vincular patamares mínimos de recursos, a fim de garantir o direito à saúde (DELDUQUE, BARDAL, 2008).

- AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BENJAMIN, César. **Bom Combate**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988. Brasília: Senado Federal, 2008.
- _____. PLS 219/07 de 03/05/07. [on line] Disponível na Internet na URL: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9923.pdf>
- _____. PEC 341/09 de 18/02/09. [on line] Disponível na Internet na URL: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/640892.pdf>
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONTO, Mário de. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.
- DELDUQUE, MC; BARDAL, Priscila. Advocacia em saúde: prática cidadã para a garantia do direito à saúde – o caso do projeto de lei complementar n.01/2003. *In Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, p.107-122 Mar/Jun 2008.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *In Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, p.1-29, 2009.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FATTORELLI, Maria Lúcia. **Auditoria da Dívida Externa**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. **Enxugamento da Constituição é Inconstitucional**. [on line] Disponível na Internet na URL: [HTTP://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17534](http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17534) (Consultado em 31.07.2010).

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LIANG WANG, Daniel Wei. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações. *In Revista de Direito Sanitário*. São Paulo: Cepedisa, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Sílvia Badim. O Princípio Constitucional da Integralidade de Assistência à Saúde e o Projeto de Lei 219/07: Interpretação e Aplicabilidade pelo Poder Judiciário. *In Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, p.1-29, Jul/Out. 2009.

MIOZZO, Pablo Castro. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional. *In Revista da Faculdade de Direito*. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PAULANI, Leda. **Brasil Delivery**. São Paulo: Boitempo, 2008.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Política Internacional**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

SHAH, Sonia. **A História do Petróleo**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SICSÚ, João. **Arrecadação, de onde vem? E gastos públicos, para onde vão?** São Paulo: Boitempo, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.