

Critério orçamentário objetivo para a reserva do possível: Marco necessário para não inviabilizar o Estado do Bem-Estar Social

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER¹ | FERNANDO BARROSO DE DEUS²

Sumário: Introdução. 1. A proposta de construção de critério objetivo para a reserva do possível. 1.1. A reserva do possível. 2. O critério objetivo de satisfação do mínimo existencial a nível orçamentário. 3. O problema da responsabilidade municipal solidária com outros entes federativos por políticas públicas na área da saúde. 3.1. Os parâmetros para estabelecer o critério objetivo do mínimo existencial em nível orçamentário para fornecimento de bens e serviços de saúde na esfera municipal. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a implementação de direitos fundamentais que exigem prestações positivas pelo Estado e os seus limites, especialmente no que concerne ao mínimo existencial, ainda é motivo de discussão e divergência na doutrina, com repercussão no âmbito judicial³.

A dialética geralmente circunscreve-se a tentar estabelecer algum limite entre a necessidade de se garantir a efetividade de um determinado direito prestacional e a saúde financeira das contas públicas do Estado para a sua realização, a denominada reserva do possível.

As decisões judiciais normalmente se dedicam à afirmação e ao reconhecimento de novas demandas exigíveis contra o Estado, especialmente na área da saúde, incluindo-as no conceito de mínimo existencial. No entanto, muitas vezes, o Poder Judiciário não leva em conta os meios existentes para efetivá-las⁴ e, dentro de um contexto social e econômico real, implementá-las.

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), membro efetivo da 2ª Câmara de Direito Público. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 Controlador Interno do Município de Cambuci (RJ). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá (UNESA/Campos dos Goytacazes - RJ).

3 Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos do Direito. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

4 A título de exemplo, nos autos do processo nº 0006684-22.2018.8.19.0028, a parte autora, deficiente auditiva e aluna recém-ingressa no IFF (Instituto Federal Fluminense), no dia 19 de junho de 2018, solicitou, entre outras coisas, atendimento psicológico com psicólogo fluente em libras (não sendo suficiente o atendimento terapêutico mediante intérprete de libras). O serviço requerido é tão excepcional, particular e individualizado que a sua contratação é na prática inviável e, se eventualmente possível, vultosa, principalmente para cidades de interior (a ação foi distribuída

Devolve-se à Ciência da Administração a responsabilidade pelas escolhas difíceis (*trade-offs*)⁵, não poucas vezes dramáticas e embebidas de um esforço de planejamento e de previsibilidade absolutamente danosos para o conjunto de políticas públicas que deveriam ser implementadas.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de se determinar um critério objetivo e essencialmente financeiro-orçamentário, para avaliar se o investimento público cobre o mínimo existencial na esfera da saúde e justifica o argumento da reserva do possível, não sob o ponto de vista estrito das essencialidades humanas, ou seja, daquilo que é necessário para a realização de uma vida não miserável, mas sim a nível orçamentário e para fins de comparação e limite ao pretendido por uma parte em uma demanda por fornecimento de bens e serviços em saúde pública.

Isto não significa uma mera análise específica dos números, admitindo inevitavelmente um *non facere* do Estado em razão da insuficiência de caixa, mas a estipulação de critério que permita à Administração Pública e ao Judiciário utilizar para avaliar a pretensão do demandante, sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das demais necessidades orçamentárias do Poder Público.

Pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça revela que a reserva do possível não é considerada como argumento juridicamente apto a restringir pleitos em matéria de saúde, entre outros motivos, pela incapacidade de o Poder Executivo provar a impossibilidade financeira de custear o bem ou serviço demandado⁶.

O presente trabalho concentrar-se-á na esfera da saúde municipal, considerando que os entes municipais são os mais sobrecarregados financeiramente por demandas de saúde pública e sofrem de notória deficiência de recursos.

1. A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA A RESERVA DO POSSÍVEL

Sob o ponto de vista da despesa pública, quando a Constituição Federal dispõe em preceito o dever expresso de política pública a ser efetivada pelo Estado, atribui objetivamente ao Poder Executivo um poder-dever para implementar a previsão constitucional. Os recursos deverão ser arrolados obrigatoriamente na lei orçamentária, cuja execução é impositiva⁷.

Algumas destas políticas públicas são consideradas tão importantes, que existem vinculações constitucionais expressas sobre a quantidade de recursos destinados, uma heterovinculação para os responsáveis pela elaboração do orçamento, como prevê o artigo 198, parágrafos segundo e terceiro, e respectivos incisos, da Constituição Federal, no que concerne às ações e serviços públicos de saúde⁸.

Quando não garante o texto constitucional recursos para a implementação de determinado direito fundamental, confere à Administração Pública a discricionariedade para alocar recursos

em Macaé-RJ), com notórias dificuldades financeiras.

- 5 Segundo Flávio Galdino (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direito. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 160): “Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, será necessário optar por um ou por alguns deles – efetuando *trade-offs* – expressão de difícil tradução, mas que pretende designar essa situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades [...]. Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento ‘apertado’, o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas – impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas”.
- 6 ASENSI, Felipe Dutra, e PINHEIRO, Roseni (coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 132-133.
- 7 Nesse sentido, DOMINGUES, José Marcos. A atividade financeira do Estado e as políticas públicas para os direitos humanos. *Direito Financeiro e políticas públicas*. 2015. Rio: GZ Editora, p. 38 e 42-43.
- 8 Cf. VIEIRA, Artur Alves Pinho. O orçamento como instituto concretizador dos direitos fundamentais sociais. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). *Direito Financeiro e políticas públicas*. Rio: GZ Editora, 2015, p. 170-171.

no orçamento de modo a progressivamente alcançar os objetivos propugnados como desejáveis em matéria de direitos econômicos e sociais. E nem sempre para se atingir o desiderato constitucional haverá necessariamente dispêndio de recursos. Como ensina José Marcos Domingues, “políticas públicas eficientes podem poupar recursos”⁹.

No entanto, deve-se esclarecer, que não há discricionariedade do legislador orçamentário para não prever no orçamento recursos para a implementação de políticas públicas, que assegurem direitos fundamentais¹⁰.

O que pode e deve ser considerado como mínimo existencial para uma vida digna e aceitável para a implementação da política pública não está claro. Este trabalho pretende demonstrar o vínculo destes deveres estatais com o mínimo existencial, no sentido de que, quando observada razoavelmente a obrigação constitucional pela Administração Pública, satisfeita está a demanda da sociedade, e, conseqüentemente, preservada e respeitada a dignidade humana, não cabendo ao Poder Judiciário impor nova e não planejada despesa à Administração Pública para satisfazer toda e qualquer pretensão individual ou coletiva.

Assim, a tese do máximo existencial¹¹, ou da aplicação máxima de recursos disponíveis em direitos sociais¹², é repudiada de plano, por ameaçar a própria viabilidade dos demais serviços públicos e, portanto, do próprio Estado.

Conseqüentemente, o argumento da reserva do possível pode e deve ser acolhido, eis que os recursos financeiros existentes não se destinam todos a promoção dos direitos sociais, mas também à manutenção de outros serviços públicos essenciais à própria existência da sociedade, do Estado e de seus entes federativos, como, por exemplo, os referentes à segurança pública, preservação do meio ambiente, relações exteriores e forças armadas.

Assim, ao se propor a formação de critério objetivo para a reserva do possível, o que se pretende é a mensuração objetiva, sob a forma de despesa, daquilo que minimamente deve haver em um orçamento público para que as pessoas tenham uma vida digna, não miserável, e passível de implementação progressiva no caso dos direitos sociais.

Metodologicamente, o intento é, tendo por fundamento a Constituição Federal e os seus desdobramentos infraconstitucionais, construir um critério objetivo de parâmetro mínimo para gastos públicos destinados a políticas públicas que assegurem direitos fundamentais sociais de implementação progressiva sob a perspectiva de um Estado de Direito, que seja oponível a demandante que pragmaticamente tenha a pretensão de exigir uma prestação referente à saúde pública, critério este que permita o reconhecimento da reserva do possível objetivamente.

Não se pretende o estudo filosófico ou fisiológico da miserabilidade humana, ou o debate sobre o que é economicamente possível de ser realizado pela Administração Pública. O que se deseja é o estudo do mínimo existencial com um enfoque jurídico-financeiro, considerando, para tanto, os direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira e o dever ao equilíbrio orçamentário e a repartição equitativa do gasto público¹³.

9 DOMINGUES, José Marcos. Atividade financeira e direitos sociais. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de; GOMES, Marcus Lívio (org.). *Finanças públicas, tributação e desenvolvimento*. Rio: Freitas Bastos, 2015, p. 110.

10 Nesse sentido, citando farta doutrina e jurisprudência, ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro brasileiro*. 4. ed. Rio: Gen/Forense, 2017, p. 212-224, passim.

11 Sobre a teoria do máximo existencial, ver DANTAS, Miguel Calmon. *Máximo existencial como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2019.

12 BIDART CAMPOS, Germán. *El Orden Socioeconómico en la Constitución*. Ediar: Buenos Aires, 1999.

13 Como ensina DOMINGUES, J. M., in: A atividade financeira do Estado e as políticas públicas para os Direitos Humanos, op. cit., p. 45, o princípio do equilíbrio orçamentário está previsto constitucionalmente e “avança pela lei de normas

O presente trabalho leva absolutamente em consideração ser a Constituição Federal do Brasil dirigente e garantidora de uma série de direitos na esfera da saúde, questão essa pacífica na doutrina e na jurisprudência.

Não se desconhece determinado posicionamento doutrinário de que o mínimo existencial não teria dicção constitucional própria, e que deveria ser procurado na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos¹⁴.

O que se investiga é a existência, na área da saúde, de um mínimo orçamentário tutelável, constitucionalmente reconhecido e de presença obrigatória no orçamento público municipal, e que atendido, diante de recursos escassos, justificaria a reserva do possível para negar o atendimento a demandas individuais ou coletivas pleiteando prestações positivas vultosas, capazes de desorganizar a alocação de recursos e o equilíbrio orçamentário e financeiro da Administração Pública.

O conceito de mínimo existencial, no campo doutrinário, apresenta uma série de diferentes olhares, dificultando, em muito, o planejamento orçamentário¹⁵. Ana Paula de Barcellos traça importantes distinções entre os pensamentos de Robert Alexy, John Rawls e Michel Walzer¹⁶ sobre esse tema, os quais direcionados ao campo da principiologia poderiam bem ser sustentados

gerais de direito financeiro” e pela lei de responsabilidade fiscal, “integrando um pacto pela estabilidade orçamentária em favor do perene desenvolvimento nacional”.

- 14 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357.
- 15 A propósito, em crítica, POSNER afirma que alguns juristas se mostrariam hostis aos estudos de análise econômica do Direito porque (POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2. Ed. México: FCE, 2007, p. 843 e 844) “[...] creen que mina los derechos legales al disolver todas las cuestiones en un análisis de costo-beneficio. Este problema se relaciona estrechamente con la elección entre reglas y normas. La crítica, para la que la discusión precedente pareciera proveer argumentos, es que en el fondo el economista cree que toda regla legal tiene o debería tener excepciones que la transforman en una norma, que en última instancia depende del equilibrio de los costos y de los beneficios”.
- 16 Desse modo, leciona a professora que John Rawls defende, dentro do princípio da diferença, a existência de um conteúdo mínimo, ao qual se deveria conferir *status* de direito subjetivo constitucional. Assim, o mínimo existencial para Rawls deixaria de ser um fim a ser atingido pelo Legislador para se transformar em um direito constitucionalmente assegurado, e as prestações que representassem um *plus* a este mínimo, permaneceriam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberia promover as políticas de justiça social que realizassem, de forma mais ampla, a justiça distributiva. De outra banda, ao tratar sobre o mínimo existencial em Michael Walzer, Ana Paula de Barcellos afirma que, para o autor, diferentemente de Rawls, seria possível que os indivíduos chegassem a um consenso não apenas em relação a um procedimento para atingir um resultado, mas também a valores materiais comuns àquele grupo social. Walzer assim procuraria descrever uma sociedade justa, na qual nenhum bem social serviria ou poderia servir como instrumento de dominação, propondo a estrutura de uma “igualdade complexa”, onde cada bem social (*i.e.*, dinheiro, lazer, trabalho, poder político, educação, etc.) deveria ser distribuído de acordo com as concepções compartilhadas na comunidade de bem-estar social e o sentido, também comum, atribuído a cada um desses bens. Contudo, conclui a professora que Walzer não teria desenvolvido de forma clara uma ideia de mínimo existencial, mas que algumas prestações contidas nesta ideia teriam sido abordadas de forma direta pelo autor, sobretudo quando do estabelecimento da necessidade como critério à assistência social e a igualdade simples como via de acesso à educação básica. Por fim, ao analisar a teoria do mínimo existencial na visão de Robert Alexy, afirma a professora que para o autor o mínimo existencial corresponderia ao conjunto de circunstâncias materiais e mínimas a que todo homem teria direito, o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. Assim, conclui a professora, estudando o princípio constitucional da dignidade humana, e a ponderação deste princípio com outros que lhe oporiam, Alexy extrairia um núcleo básico inalienável que seria o mínimo existencial, cuja garantia constituiria regra obrigatória e sindicável, independente da intermediação do Legislativo e do Executivo (BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-130).

por qualquer julgador ou administrador brasileiro, reduzindo significativamente a possibilidade da formação de alguma série histórica quantificável¹⁷.

Nos moldes aqui propostos, a construção de um critério objetivo para se determinar o atendimento ao mínimo existencial é possível, e tem como principal funcionalidade a construção de decisões administrativas e judiciais mais previsíveis, facilitando o planejamento orçamentário da Administração Pública. A construção de um conceito de reserva do possível orçamentário reduziria o campo das soluções judiciais ideológicas, realizadas sob o ponto de vista de uma certa moral individualizada do julgador, disfarçadas com matizes principiológicas¹⁸ e muitas vezes *contra legem*¹⁹. Por outro lado, permitiria a formação de um banco de dados apto a fornecer elementos para quantificar custos com a implementação de cada medida judicial.

A estipulação de um critério objetivo orçamentário para se determinar a reserva do possível, e que assegure também ao conceito de mínimo existencial uma dimensão coletiva e não individual na área da saúde, especialmente a municipal, ancorado na Constituição Federal, viabiliza o estabelecimento claro das obrigações financeiras a serem aportadas pelo município para a consecução de políticas públicas específicas na área da saúde, além do já determinado legalmente. Isso também permitiria, de fato, que a implementação de política pública estivesse no campo das escolhas políticas, respeitando o plano de governo das autoridades democraticamente eleitas para governar o município.

Por fim, justifica-se o enfoque do presente trabalho na esfera municipal e na área da saúde, considerando ser este ente federativo o mais carente de recursos, o menos dotado de verbas na partilha financeira e tributária das receitas arrecadadas da sociedade, e, também, o réu habitual em todas as demandas judiciais envolvendo saúde pública. É no município que as pessoas vivem. E não há município que não tenha um juiz estadual próximo para atender as demandas da população, como também é notório. Portanto, o ente federativo mais impactado em seu orçamento pela interferência casuística do Poder Judiciário em matéria de saúde pública é o município²⁰.

17 Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial corresponderia a um direito às condições mínimas de existência humana digna, e que não poderia ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exigiria prestações estatais positivas (TORRES. Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357).

18 Carlos Ari Sunfeld, sobre o tema, faz o seguinte apontamento (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 226): “O que estou querendo dizer aqui é algo simples, evidente, com que provavelmente todo mundo concorda: ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais. Mas o ‘status principiológico’ de certas palavras, expressões e frases tem servido demais para mascarar a falta de critérios. Para muitos juizes, usar fórmulas mágicas meio vazias para resolver o cotidiano é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes”.

19 Lênio Streck, sobre o assunto, traz importante lição (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 129 e 130): “A contaminação pelo ‘instrumentalismo’ é visível não somente em discursos exógenos como também na legislação e nos respectivos projetos que buscam reformar os mecanismos processuais em *terrae brasilis*. É como se o Direito e tudo o que ele representa em termos institucionais, históricos e factuais dependesse da sua utilização como um objeto, um instrumento, algo manipulável pelo intérprete. Ou, de forma reducionista venhamos a pensar que o ‘problema da crise do direito ou da crise da operacionalidade do direito’ se deva à incapacidade de gestão por parte dos magistrados. De certo modo, repete-se a ‘troca’ (e, lamentavelmente, a não superação) de paradigmas. Se antes o jurista era um escravo da(s) estrutura(s) (lembramos do positivismo ‘primitivo’ – de cariz exegético), portanto, era ‘assujeitado à lei’ (que era ‘igual ao direito’), agora o sujeito se transforma no ‘senhor dos sentidos’ da estrutura”.

20 Sobre o assunto, ver, entre outras notícias e pesquisas, as seguintes, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57046-divida-de-estados-e-municipios-com-precatórios-chega-a-r-94-bi>,

O efeito deletério no orçamento municipal é grande e completamente desconsiderado judicialmente. Pesquisa de 2011, em São Paulo, revela situações exemplares. No município de Buritama, “mais da metade do orçamento de saúde é gasto para cumprimento de decisões judiciais e apenas um paciente conseguiu, via justiça, o acesso a um tratamento que custou 16% do orçamento anual de saúde (revista *Época*, 2012)”. No município de Campinas, “somente com atendimento de 86 novas ações recebidas em 2009, o município gastou quase 16% de todo seu orçamento para medicamentos (Advocacia-Geral da União e Ministério da Saúde, 2012)”²¹.

Também se ambiciona, embora não seja o objetivo principal deste estudo, estabelecer uma reflexão e uma metodologia para a determinação do mínimo existencial ao nível orçamentário que possua atributos para ser utilizada em outras esferas e áreas de governo, permitindo assim o desenvolvimento de um conceito de mínimo existencial a nível orçamentário para todas as políticas públicas, sejam serviços de saúde estaduais ou federais, sejam políticas relacionadas aos mais diversos serviços sociais, como os serviços de educação pública municipal, estadual e federal.

1.1. A reserva do possível

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), em julgado no qual se discutia sobre a possibilidade de se pleitear judicialmente a criação de vagas em faculdade de Medicina para estudantes habilitados a ingressar no ensino superior, mas não classificados para as vagas existentes, foi adotada pela doutrina alemã. Trata-se originalmente de um “conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais”, não se confunde com a expressão “reserva de orçamento” e “não é aplicável ao mínimo existencial”. No Brasil, a expressão perdeu o sentido originário²².

No Brasil, a expressão “reserva do possível” sofreu transformação na doutrina e na jurisprudência, exorbitou para os direitos fundamentais e para o mínimo existencial, e tornou-se uma cláusula de reserva fática, ou seja, alegada pela Administração Pública para impedir, restringir ou condicionar pretensão fundada em direito subjetivo individual ou coletivo de índole constitucional, que objetiva adjudicar direitos prestacionais sociais à existência de disponibilidade financeira²³.

A reserva do possível passou a ser compreendida como inexistência de dinheiro ou insuficiência econômica real dos recursos públicos, ou a indisponibilidade jurídica dos mesmos por força de legislação orçamentária, para atender a direito social²⁴. Excepcionalmente a reserva do possível é utilizada como argumento em causas nas quais não se discutam direitos sociais²⁵,

<https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88686-comite-da-saude-discute-crise-nos-municipios-da-fronteira-oeste>,
<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>,
<https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88263-judicializacao-da-saude-justica-federal-do-rj-divulga-notas-tecnicas>.

21 Cf. WANG, D. L. M.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da Saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. In: *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, set.-out. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

22 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio: Renovar, 2009, p. 103-106.

23 Idem, *ibidem*, p. 106-110, *passim*.

24 SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: volume I – reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 145-148.

25 Idem, *ibidem*, p. 161-162.

sendo utilizada com frequência nas que versam sobre acesso à educação, tratamento de saúde ou fornecimento de medicamentos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos sociais tocados pela *jusfundamentalidade* e relacionados ao direito à vida e ao direito à existência digna, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, estão consagrados, são garantidos pela jurisdição e exibem um *status positivus libertatis* para assegurar a entrega de prestações estatais positivas aos hipossuficientes econômicos²⁶.

A paradigmática decisão no AgR-RE n. 271.286-RS, Relator Ministro Celso de Mello, por exemplo, declara o direito à saúde como fundamental, ao reconhecer o direito dos portadores do vírus HIV carentes de recursos financeiros a receberem remédios gratuitamente do Poder Público.

Estes direitos fundamentais sociais, como afirma o Ministro Gilmar Mendes na decisão nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 278-6 Alagoas, da qual foi Relator, previstos no artigo 6º da Constituição Federal²⁷ e com seu conteúdo e prestação especificados nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros, inclusive o direito individual à saúde, podem ser condicionados “ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde”.

O argumento da reserva do possível foi parcialmente reforçado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF, julgada em 29 de abril de 2004, mas exigindo-se comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira “da pessoa estatal”.

O que significa objetivamente e economicamente não comprometer o funcionamento do Sistema Único de Saúde, como decidido na STA n. 278-6 - Alagoas? Qual critério para a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da Administração Pública, como declarado na ADPF n. 45 MC/DF? Não há critério jurídico ou financeiro objetivo determinado sobre isso, até a presente data.

Na ADPF acima citada, o Ministro Celso de Mello aceita em tese a possibilidade da reserva do possível, mas exige comprovação objetiva da “incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal”, e expressamente adverte:

[...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Essa decisão, precedente importantíssimo sobre o tema, exige para reconhecimento da reserva do possível incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal objetivamente aferível, mas não fixa nenhum critério para tanto.

A insegurança orçamentária e financeira fomentada por argumentos como estes não para aí. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), além do vago parâmetro dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de que, para demandas fundadas em direitos fundamentais, a impossibilidade econômica de atendimento da mesma pelo ente estatal deve ser objetiva, adotou-se também a tese de que “o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não

26 Nesse sentido, TORRES, R. L., op. cit., p. 54 et al., apesar de criticar a imprecisão terminológica e o estilo maximalista de algumas decisões.

27 O Capítulo II “Dos Direitos Sociais” (artigos 6º a 11º) localiza-se no Título II da Constituição Federal, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus (REsp 104197/MS REsp 2008/0059830-7, DJe 16/9/2009)". O que, objetivamente, são prestações supérfluas em matéria de direitos fundamentais?

Mesmo em decisões do STJ elogiadas pela doutrina, consideradas como apropriadamente ponderadas para enfrentar o argumento da reserva do possível em face do direito ao mínimo existencial, constata-se a absoluta falta de critério objetivo quando os recursos são escassos²⁸:

[...] Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), cristalizada no enunciado da Súmula de número 241, está em consonância com a do STF²⁹. O citado verbete assim está redigido: "cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição".

O enunciado sumular número 241 foi adotado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, ao dar provimento ao processo administrativo n. 0014104-12.2011.8.19.000 para uniformização de jurisprudência, julgado em 06 de junho de 2011, proposto pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – CEDES, com base no artigo 122, parágrafo 3º, do Regimento Interno do Tribunal, tendo por Relator o Desembargador José Geraldo Antonio.

O enunciado de súmula foi aprovado em Encontro de Desembargadores com competência em matéria cível, realizado pelo CEDES, no dia 24 de março de 2011, constituindo jurisprudência predominante (para fins do artigo 926, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil³⁰), nos termos do Aviso TJ n. 27/2011, do Presidente do Tribunal de Justiça, antes de ser adotado como Súmula do Tribunal.

A justificativa para a adoção do enunciado, proposto pelo CEDES, foi a seguinte, segundo o voto do Desembargador Relator:

JUSTIFICATIVA: A necessidade de preservação dos indivíduos e da observância do mínimo existencial permite que se inverta o ônus da prova em desfavor da pessoa jurídica de direito público, quando há inércia governamental na efetivação de políticas públicas, traçadas pela Constituição. Somente será elidida tal presunção se ocorrer justo motivo demonstrado pelo ente público, porquanto o administrador está vinculado à Constituição, que limita, neste aspecto, a discricionariedade político-administrativa. (Precedentes 0139397-96.2005.8.19.0001, TJERJ, 2ª. C. Cível, julgamento em 29/11/2010, DO 115549-58.2008.8.19.0004, TJERJ, 2ª. C. Cível, julgamento em 13/02/2011)³¹

28 ABRAHAM, Marcus. Op. cit., p. 218.

29 O verbete n. 241 da Súmula do TJERJ foi comentado por KLAUSNER, Eduardo A. Comentário ao verbete n. 241 (Sobre a Reserva do Possível) da Súmula do TJERJ. In: *Revista de Direito do TJ-RJ*. V. 96, p. 214 e ss. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2014.

30 No revogado Código de Processo Civil de 1973, a uniformização da jurisprudência é disciplinada nos artigos 476 e ss.

31 No voto existe erro de digitação, pois a correta referência do segundo precedente é n. 0015549-58.2008.8.19.0004, TJERJ, 12ª Câmara Cível, julgamento em 03/02/2011.

A fundamentação do voto acompanha a justificativa do CEDES e acrescenta especialmente o seguinte, *in verbis*:

As diretrizes programáticas introduzidas pela Constituinte na Carta Magna vigente, como é de conhecimento público, ao longo da história deste país, na maior parte do seu elenco, adormecem no seu texto, sempre esquecidas pelos governantes que se sucedem no poder.

Somente quando há uma convergência de interesses políticos partidários com a administração pública são despertados e colocados na pauta de metas deste ou daquele governo.

Não só por outras razões, mas, sobretudo, por estas agora mencionadas, justifica-se estabelecer a regra da inversão do ônus da prova, tal como consta do enunciado aprovado no 1º Encontro dos Desembargadores deste Tribunal.

Com efeito, a efetivação das políticas públicas, por sua relevância na concretização dos ideais de progresso do país e do desenvolvimento social do povo brasileiro não pode ser relegada à conveniência e oportunidade da administração pública. Vinculadas que estão à saúde, à educação e à segurança da população, as políticas públicas, para não serem implementadas com invocação na reserva do possível exigem relevantes e insuperáveis motivos devidamente demonstrados pelos eventuais agentes públicos³².

No precedente da 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Maurício Caldas Lopes, acórdão citado pelo Órgão Especial, após ressaltar-se o direito da pessoa humana de receber do Poder Público medicamentos para o tratamento de doença e recuperação da saúde, afirma-se não ser cabível defesa com base na reserva do possível e na escassez de recursos, quando dos 3,9 bilhões de reais destinados à saúde em 2008, apenas 276 milhões foram efetivamente investidos.

No precedente da 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos, também citado como paradigma pelo Órgão Especial, após declarar-se a saúde direito subjetivo fundamental, afirma-se competir ao Judiciário salvaguardar “o mínimo existencial” e ao Poder Público provar efetivamente os argumentos postos a título de reserva do possível para não conceder a prestação exigida, pois “geralmente limita-se a consignar em papel suas ilações, sem nada provar”.

Também merece referência o fato de que entre os enunciados da Súmula do Tribunal de Justiça, a de número 65 reconhece o direito fundamental à saúde, e as de números 116, 179, 180, 183 e 184, o dever da Administração Pública fornecer prestações positivas para satisfação do direito à saúde, entregando medicamentos, alimentos e artigos de higiene necessários para o tratamento da moléstia, bem como fornecendo exames médicos, cirurgias, internações hospitalares e meios para o transporte do jurisdicionado para tratamento médico (passe-livre em transporte público). Outrossim, o enunciado de número 180 expressamente afasta a reserva do possível como argumento para o não fornecimento de medicamentos não padronizados.

32 Como visto, a justificativa do CEDES e o voto do Relator estabelecem como cabível a inversão do ônus da prova em desfavor da pessoa jurídica de direito público, mas, como bem colocou o Ministério Público em seu parecer (Promotor de Justiça Emerson Garcia e Subprocurador-Geral de Justiça Antonio José Campos Moreira), deve ser observado que: “Ao dispor sobre a necessidade de ‘demonstrar o atendimento à reserva do possível’, o enunciado nada mais faz que expressar a imperiosa necessidade de observância da lei processual, que atribui ao demandado o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 333, II)”. Consequentemente, pode-se concluir que a inversão do ônus da prova no caso concreto não exigirá a observância de formalidades processuais excepcionais.

Assim, dúvida não resta de que a reserva do possível só terá o condão de obstar a efetividade de direito fundamental social vindicado judicialmente na Justiça, quando o Poder Público cabalmente provar não ser o pedido razoável, apto a ser universalizável, e não possuir de fato recursos econômicos ou financeiros para prestá-lo.

Outrossim, a expressão “políticas públicas estabelecidas pela Constituição”, que compõe o enunciado número 241 acima citado, merece atenção, pois também suscetível de interpretação equivocada por sua vagueza, devendo buscar-se em sua exegese a justificativa do CEDES para o enunciado e na qual se refere expressamente ao mínimo existencial.

Cabe ao Poder Executivo precipuamente implantar e executar as políticas públicas traçadas na Constituição Federal, discricionariamente e atento à realidade social e orçamentária. Por vezes, normas constitucionais de conteúdo programático necessitam de uma “concretização legislativa”³³ de iniciativa do Poder Legislativo.

Não compete ao Poder Judiciário interferir na competência constitucional dos outros dois Poderes da República e na discricionariedade quanto à formulação e implementação de políticas públicas. Mesmo porque, como observa o Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 278 – Alagoas, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão legislativa absoluta em matéria de políticas públicas, “mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”.

Assim, compete ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais sociais, especialmente os concernentes ao mínimo existencial, mesmo quando não contemplados por políticas públicas pelo governante. No entanto, urge determinar objetivamente o mínimo existencial para não inviabilizar o orçamento e as finanças públicas.

Para direitos sociais que não tenham a natureza de fundamentais e não sejam diretamente relacionados ao mínimo necessário para uma existência digna, a reserva do possível é o programa político-administrativo do governante, a reserva de políticas públicas e das verbas orçamentárias³⁴.

Destaque-se que o Desembargador Relator do procedimento para prolação do enunciado n. 241 da Súmula, em seu voto, ao final, esclarece expressamente a quais políticas públicas alude: saúde, educação³⁵ e segurança pública. Essas são as políticas públicas consideradas como relativas ao mínimo existencial e objeto do enunciado.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido exposto acima, v.g., Apelação Cível n. 0384470-05.2008.8.19.0001, julgada em 22 de junho de 2011 pela 17ª Câmara Cível, Relator Desembargador Elton Leme³⁶, e a Apelação Cível n. 0194175-74.2009.8.19.0001,

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 292.

34 Nesse sentido, TORRES, R. L., op. cit., p. 112-113.

35 Merece referência a seguinte decisão do TJERJ: Agravo de Instrumento n. 0024631-57.2010.8.19.000, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Horácio S. Ribeiro Neto, j. 14/09/2010: ALUNO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA AUDITIVA. CURSO PRÉ-VES-TIBULAR COMUNITÁRIO. AUSÊNCIA DE INTÉRPRETE. DIREITO SUBJETIVO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. [...] 1. Toda vez que a Constituição Federal assegura um direito público subjetivo, cede a teoria da reserva do possível, não havendo violação ao princípio da separação dos poderes. 2. Se a Constituição cria um direito subjetivo à educação, assegurando, especificamente, aos portadores de deficiência atendimento educacional especializado, não pode o Estado furtar-se ao cumprimento da obrigação constitucional. [...].

36 APELAÇÃO CÍVEL. SANEAMENTO BÁSICO. INTERESSE COLETIVO VERSUS INTERESSE INDIVIDUAL ADEQUAÇÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL NA DEFESA DE SEU INTERESSE ESPECÍFICO. CAUSA MADURA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] 3. Não compete ao Judiciário determinar ao ente público a implantação de determinado projeto de saneamento básico, em detrimento de outros, diante da complexidade de fatores técnicos e orçamentários que devem ser levados em consideração, o que constituiria atentado

julgada em 06 de outubro de 2010, 14ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Carlos Paes³⁷, que expressamente acolhem a reserva do possível e o argumento baseado na “Separação dos Poderes”; o Agravo de Instrumento n. 0005527-45.2011.8.19.000, julgado em 18 de maio de 2011, pela 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ademir Pimentel, no qual se afirma que as obras pretendidas se inserem na “discricionariedade administrativa”, devendo ser postuladas junto aos governantes e representantes municipais eleitos; e a decisão nos Embargos Infringentes, 2ª Câmara Cível, julgado em 04 de maio de 2011, Relator Desembargador Jessé Torres, na qual se declara ser incompatível com a cláusula pétrea da separação dos poderes a determinação pelo Judiciário de política pública de saneamento básico, mesmo que para a efetivação de direitos sociais.

No entanto, julgados do TJERJ mais recentes vêm desconsiderando a independência da Administração Pública para a implementação de políticas públicas e, principalmente, a reserva do possível diante de recursos escassos. Cite-se, a título de exemplo, o Incidente de Assunção de Competência instaurado na Apelação Cível nº 0005852-07.2017.8.19.0001, considerando reiteradas condenações da CEDAE e do Município do Rio de Janeiro, por órgãos fracionários do TJERJ, a implementar rede de escoamento pluvial e esgotamento sanitário em área ocupada irregularmente, assim como a indenizar moradores por danos morais em razão da ausência do fornecimento do serviço de modo adequado, em ações individuais, *in verbis*:

APELAÇÃO - CEDAE - REDE DE ESGOTO - REPAROS - CANAL DO ANIL - DEMANDA REPETITIVA - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - INSTAURAÇÃO. - Ação de Obrigação de Fazer objetivando os Autores que a Ré proceda a realização da obra de reparo definitivo da instalação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao seu imóvel, além da reparação moral. - Inequivoco interesse público a justificar a admissão do Incidente, justificando-se, por sua importância, a concentração do julgamento de recursos que, aliás, tem a tendência de se repetir no âmbito do judiciário. - Questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público, a justificar a unificação dos respectivos julgamentos na fase recursal pela E. Seção Cível deste Tribunal, que deliberará, com efeito vinculativo, sobre o julgamento da responsabilidade eventual do Município do Rio de Janeiro e CEDAE sobre as obras e serviços que se pretende realizar no local. - Incidente de Assunção de Competência que se suscita.

à discricionariedade e aos critérios políticos de escolha do Administrador, além do risco de comprometimento do equilíbrio das finanças públicas. 4. O controle judicial de políticas públicas constitui medida de caráter excepcional em prestígio ao princípio da separação dos poderes. 5. Os problemas de infraestrutura de saneamento básico são seculares e complexos [...]. 6. Assim, se o problema que aflige a demandante não pode ser solucionado em caráter individual, mas depende de empreitada de largo espectro, com implantação de sistema, hoje inexistente, de saneamento básico, a iniciativa individual esbarra no princípio da reserva do possível, podendo o governante escolher, à luz das limitações materiais dos cofres públicos, qual política de obra pública priorizar diante das flagrantes necessidades da população a que serve. [...].

- 37 AGRAVO INOMINADO. APelação CÍVEL. OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DISCRICIONARIEDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. [...] As prioridades da administração são definidas pelo administrador. O deferimento do pedido autoral significaria adentrar na esfera administrativa e governar no lugar do governante, o que é vedado pela própria Constituição da República. Princípio da separação dos poderes e da reserva do possível. [...].

Urge, portanto, o estabelecimento de critérios objetivos e financeiros para amparar o argumento da reserva do possível, sem o qual, mesmo quando houver escassez de recursos, não será possível apresentar ao Poder Judiciário uma justificativa aceitável.

Ricardo Perlingeiro tenta estabelecer um critério objetivo após examinar as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Afirma estar a reserva do possível intrinsecamente relacionada com prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios considera prioritários financiar, sem restringir direitos sociais considerados como mínimo existencial, ou aqueles direitos sociais instituídos por lei³⁸.

No entanto, o que é mínimo existencial e o quanto ele pode custar continuou indeterminado e sujeito a critérios judiciais a cada dia mais imprecisos. Logo, merece destaque a advertência de Marcus Abraham³⁹, citando José Casalta Nabais⁴⁰, de que nada adiantará um Carta Maior repleta de direitos, e, igualmente, não terá qualquer valia uma abalizada teoria dos direitos fundamentais, se o Estado não dispuser de recursos financeiros suficientes para realizá-los, já que para todo direito há, inequivocamente, um custo financeiro.

2. O CRITÉRIO OBJETIVO DE SATISFAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL A NÍVEL ORÇAMENTÁRIO

Para a formação do critério objetivo de satisfação do mínimo existencial a nível orçamentário, apto a justificar o argumento da reserva do possível, deve-se considerar apenas as obrigações estabelecidas pela Constituição Federal como deveres do Estado. Assim, excluir-se-ia do conceito aquelas em que a Carta Magna define o Estado como agente viabilizador, mas não necessariamente implementador de políticas públicas.

Neste sentido, é inconteste pelo conceito de mínimo existencial, que deve haver em todo orçamento público espaço para as despesas com educação e saúde, dado que os artigos 196 e 205, ambos da Constituição Federal, as estipulam como deveres do Estado.

Por outro lado, no que se refere à cultura, conquanto seja razoável esperar que a Administração possua orçamento para tanto, a Constituição Federal, em seu artigo 215, não a entende como dever do Estado, instituindo o Poder Público somente como um agente viabilizador, não como um devedor de prestação positiva direta e específica apta a ser exigida judicialmente.

Desta feita, como um primeiro ponto a ser demarcado, entende-se que no orçamento público deve constar, pelo menos, a fixação das despesas correspondentes às políticas públicas encaradas pela Constituição Federal como deveres do Estado, respeitando-se a competência de cada esfera.

Portanto, uma eventual ação judicial que determinasse a realização de algum programa na área da cultura, por exemplo, com sua consequente viabilização orçamentária, não resistiria ao teste do mínimo existencial orçamentário, devendo ser negociada na arena política e não no campo jurisdicional.

Por outro lado, inadmissível seria também um orçamento público municipal sem a presença de recursos destinados à pré-escola, visto que, na forma dos artigos 208, IV, e 211, § 2º, todos da Constituição Federal, é dever do município a manutenção, prioritariamente, da educação infantil, em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Desta forma,

38 PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, ano 1, v. 2, p. 184-5, set.-out. 2013.

39 ABRAHAM, Marcos. Op. cit., p. 223-4.

40 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: _____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 24.

atribuindo à Constituição Federal, ao município, como seu dever, a garantia desses direitos, não seria cabível orçamento público sem a destinação de recursos para esta finalidade.

Não se pretende, contudo, o engessamento do Poder Judiciário no exercício da sua atividade judicante, mas um retorno à previsibilidade mínima das decisões com reflexos orçamentários, especialmente em um contexto de poucos recursos. O cuidado ainda teria como funcionalidade aumentar a efetividade das decisões judiciais, reduzindo-se a sensação de ineficiência e burocratismo.

Outrossim, em um ambiente processual, o ônus da prova inevitavelmente seria distribuído em desfavor da Administração Pública, para que provasse, por exemplo, não ter destinado verbas orçamentárias para atividades incompatíveis com o interesse público. É que mesmo nas decisões discricionárias, a Administração deve escolher, entre as opções legalmente possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público, sob pena de desvio de finalidade, autorizando a invalidação do ato pelo Poder Judiciário⁴¹.

Portanto, a definição de um parâmetro orçamentário para o mínimo existencial não significa a liberdade do Administrador para, cumpridas as exigências constitucionais, bem gastar o dinheiro público como melhor lhe aprouver. Ainda terá o balizamento do interesse público na condução das suas ações, sujeitando os atos administrativos ao controle jurisdicional. O que o estabelecimento objetivo do mínimo existencial ao nível do orçamento permitirá é a negativa fundamentada ao atendimento de pretensão individual ou coletiva sustentada em argumentos genéricos sobre direitos fundamentais. Pretensão essa não contemplada, ou excluída, ou não prioritária no projeto de governo vencedor das eleições, sugerindo assim uma maior previsibilidade das decisões administrativas e judiciais.

3. O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE MUNICIPAL SOLIDÁRIA COM OUTROS ENTES FEDERATIVOS POR POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

A responsabilidade municipal em matéria de saúde situa-se na atenção básica, deixando a média e alta complexidade aos demais atores estatais (Estado e União)⁴². Contudo, por força de reiteradas decisões judiciais, o município, na prática, atende todas as necessidades de saúde, sem o correspondente aporte financeiro para financiá-las. Logo, a distribuição de responsabilidades deve ser questionada sob a ótica da Administração Financeira e Orçamentária, em razão de um desequilíbrio entre as obrigações municipais e a sua participação na arrecadação de receitas.

41 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (in: *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 44, 45 e 69): “A boa inteligência da regra de Direito impõe reconhecer que o campo de liberdade administrativa decorrente das normas que prefiguram discricção é muito mais angusto do que habitualmente se admite, seja porque a situação concreta é que lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito (quando não o extingue), seja porque a Administração Pública está sujeita ao ‘dever de boa administração’. Este, como Guido Falzone, é mais que um dever moral ou de ciência da administração; é um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há a satisfação da finalidade legal, e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão [...]. É usual a assertiva de que no desvio de poder há um vício de intenção. Convém recebê-la com cautela. Realmente, é comum que no desvio de poder haja um móvel incorreto. Esta intenção defeituosa geralmente resulta de propósitos subalternos que animam o agente, como, conforme já dito, os de vingança ou perseguição por sentimentos pessoais ou políticos, por interesses sectários ou então favoritismo, em prol de amigos, correligionários, apaniguados ou até mesmo para satisfazer proveito individual do próprio autor. Outras vezes, o vício de intenção não procede da busca de finalidades mesquinhas. Deriva de uma falsa concepção do interesse público. Nestes casos, o sujeito do ato não está animado de interesses pessoais ou facciosos, contudo, desnatura a finalidade da própria competência ao praticar atos visando objetivos que não são os próprios da providência adotada, ou seja, que não coincidem com a finalidade legal específica.”

42 Cf. Portaria n. 373, de 27 de fevereiro de 2002.

Nos termos do artigo 23, I, e 30, VII, da Constituição Federal, a responsabilidade do município pelo atendimento de prestações de saúde ao nível do classificado como de atenção básica, no campo do federalismo fiscal, também tem reclamado uma melhor distribuição das receitas fiscais, muito ainda concentradas na figura da União, detentora da maior parcela das receitas na arrecadação dos tributos brasileiros⁴³.

Deste modo, a extensão das atribuições estabelecidas para o município seria, a rigor, incompatível com sua participação na arrecadação tributária, o que reclamaria, por este ângulo, o reequilíbrio da distribuição financeira entre os entes estatais.

Por essas razões, a responsabilidade solidária, inúmeras vezes invocada pelo Poder Judiciário, por força do *caput* do artigo 196 da Constituição Federal⁴⁴, parte de um pressuposto deficitário, atribuindo ao município uma nova obrigatoriedade, em um quadro já desequilibrado de receitas e despesas, ao estabelecer responsabilidade municipal solidária para atuação em todas as esferas da saúde.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal, em seu artigo 198, I, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se um sistema único, organizado segundo diretrizes entre as quais se encontram a descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Desta feita, não é indefensável a tese de que a regra constitucional, no campo da saúde, estabelece, não uma solidariedade, mas uma subsidiariedade de responsabilidades, dado a defesa da regionalização de atendimentos e a hierarquização do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, faltando o ente competente, seria o município instado a substituir em suas obrigações o ente ausente, Estado ou União, atuando regressivamente na recuperação dos custos despendidos com o objeto da decisão judicial⁴⁵.

Desta feita, para a formação de um conceito objetivo para o atendimento do mínimo existencial a nível orçamentário na saúde municipal, é preciso estabelecer uma interpretação sistemática do comando do artigo 196 da Constituição Federal, com o texto do artigo 198, do mesmo diploma. Mesmo sendo dever do Estado brasileiro como um todo, a responsabilidade de cada ente federativo é diferenciada, principal para bens e serviços para os quais

43 De acordo com Sérgio Ricardo de Brito Gadelha (in: *Federalismo e Federalismo Fiscal no Brasil*. Módulo 3: O caso brasileiro. Brasília: ENAP, 2018, p. 15 e 16): “O modelo brasileiro demonstra ser centralizador e prejudica a autonomia dos governos subnacionais. Isso porque os recursos arrecadados ficam concentrados na União enquanto os Estados/ Distrito Federal e os Municípios têm mais obrigações do que recursos [...]. Educação e Saúde, por exemplo, são dois dos serviços públicos que mais demonstram a urgência de se firmar o novo pacto. Estados e Municípios, por dever constitucional, são os entes sobre os quais recai a obrigação de sustentar o ensino fundamental, assim como são eles também os responsáveis pela manutenção dos serviços básicos de saúde pública. Para tais fins, devem destinar partes definidas e significativas de seus orçamentos, sob pena de, não os aplicando conforme os índices legais, serem punidos com rigorosas restrições. Também o custeio das máquinas administrativas (nas quais se incluem pesadas folhas salariais) contribui com o endividamento, o desequilíbrio de suas finanças e com a falta de investimento em obras, expansão ou melhoria de outros serviços públicos essenciais”.

44 “Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente”. RE 855.178 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, JE de 16-3-2015, Tema 793.

45 O gasto do município de São Paulo com judicialização da saúde em 2011 é o equivalente a 6% do que o município gastou com sua política de assistência farmacêutica e 10% do total gasto com fornecimento de medicamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico. Além do mais, cerca de 55% desse gasto são destinados ao fornecimento de medicamentos de responsabilidade de estados ou da União, e por volta de 45% para tratamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde. Cf. WANG, D. L. M.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da Saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. In: *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, set.-out. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

tem o dever legal de fornecer, e subsidiária no que toca à responsabilidade dos demais bens e serviços de saúde, cujo dever de fornecimento está afeito a outro ente federativo. Assim, para bens e serviços de saúde de alta complexidade, cuja responsabilidade é da União, a responsabilidade do município seria subsidiária.

Por outro lado, também não é justo com o município, nem com os contribuintes dos tributos municipais, que forasteiros de municípios que não cumprem com suas obrigações constitucionais de investimento na saúde utilizem indiscriminadamente as instalações de saúde do município que as possui, sobrecarregando-as, sem arcar com o custo do sistema e sem contribuir para a manutenção do mesmo através de consórcio, como previsto no artigo 10 da Lei n. 8.080, de 1990.

Portanto, deverá legislação própria prever, em favor do município que presta o atendimento à saúde por conta de outro ente federativo, recomposição dos custos despendidos, através de sistemas de compensação eficientes e desburocratizados, evitando o desequilíbrio orçamentário.

3.1. Os parâmetros para estabelecer o critério objetivo do mínimo existencial em nível orçamentário para fornecimento de bens e serviços de saúde na esfera municipal

No tópico anterior, foram determinados dois pré-requisitos imprescindíveis para assegurar a preservação do tesouro municipal e, assim, viabilizar políticas de saúde responsáveis, quais sejam: (i) inclusão imperativa no orçamento apenas das obrigações correspondentes às despesas definidas pela Constituição Federal como deveres do Estado e (ii) a responsabilidade subsidiária do município, quanto a atendimentos excluídos da atenção básica ou devidos por outros entes municipais, com o estabelecimento de um método de compensação financeira com viés gerencial, a fim de recompor à municipalidade os custos despendidos com atendimentos de responsabilidade de outros municípios, ou da União, ou dos estados-membros.

Neste tópico, o problema a ser analisado para definir objetivamente o mínimo existencial, em nível orçamentário, é a obrigação constitucional de que a Administração Pública destine não menos que 15% das suas receitas, com impostos próprios, repasses constitucionais e cotas do fundo de participação dos municípios, às ações e serviços de saúde, nos termos do artigo 198, § 2º, III, da Constituição Federal, e artigo 7º da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. A determinação vai ao encontro do artigo 6º da Constituição Federal, que elege a saúde como direito fundamental do cidadão.

No entanto, questão a se problematizar é se a porcentagem manter-se-ia obrigatória, ainda que exagerada para a realidade local. É dizer, caso a realização de todas as ações pudesse ser efetivada com menos de 15%, ainda assim estaria o gestor obrigado a destinar a integralidade da quantia às ações e serviços de saúde?

Outro problema importante, é saber se a alíquota acima mencionada depende da arrecadação de recursos, ou seja, se seria um gasto condicionado ao desenvolvimento arrecadatório do período, ou se a proporção deve manter-se, ainda que na constância de uma forte queda de arrecadação. Esse último argumento foi utilizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP) para propor ação contra o então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão. O MP entendeu que, mesmo diante da grave crise fiscal, as alíquotas mínimas de investimento com saúde deveriam ser mantidas, sem variações⁴⁶.

Quanto ao primeiro questionamento, qual seja, se a alíquota manter-se-ia obrigatória, ainda que demasiada para a necessidade local, em respeito ao postulado⁴⁷ constitucional da razoabilidade, não é

46 Ação Civil Pública nº 0053368.86.2018.8.19.0001.

47 Segundo Humberto Ávila (in: *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122): “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não

sensato exigir que uma despesa seja realizada apenas para o cumprimento de uma porcentagem, sem qualquer utilidade para a população. O artigo 37 da Constituição Federal exige eficiência administrativa. O gestor não pode ser obrigado a um gasto desnecessário, ao desperdício de recursos públicos. Entretanto, esse entendimento promete ser bastante controvertido, diante do preceito normativo.

Quanto ao segundo ponto, o debate é ainda mais sensível, pois a porcentagem com os gastos em saúde deve ser entendida como regra, distribuindo-se, deste modo, a carga de provar à Administração Pública, quando do não cumprimento da meta constitucional. Nesse caso, eventual descumprimento da norma, condicionado ao volume de arrecadação de receitas no caso de algum desacerto, precisaria estar justificado em motivo plausível, objetivamente demonstrado e provado, para que a regra fosse excepcionada. Mesmo assim poderia gerar controvérsia, como foi demonstrado com a ação ajuizada contra o Estado do Rio de Janeiro, apesar da crise fiscal.

Por outro lado, outra premissa para a formação do critério objetivo almejado exige delimitar como obrigatória somente a destinação de recursos orçamentários municipais para atenção à saúde básica. Sendo assim, não estaria aprioristicamente autorizado o Poder Judiciário a exigir que o município destinasse orçamento para atendimento à média ou à alta complexidade, ou que implementasse, por consequência, política pública vinculada à responsabilidade dos demais entes estatais.

Porém, no caso da reincidência de condenações judiciais contra o município para o atendimento de obrigações de fazer ou dar referentes à atenção à saúde, de atribuição originária da esfera federal ou estadual, este fator deve ser considerado. É melhor uma decisão em nível administrativo devidamente planejada, considerando a série histórica de atendimentos a especialidades que não se enquadram nos limites da atenção básica, com prazo razoável para licitações e aquisições em grande escala – o que refletirá no preço do objeto no atacado –, do que pontualmente ignorar a evidência da falta do ente estatal encarregado do fornecimento, esperando o resultado de uma eventual ação judicial, com liminares na maioria das vezes incompatíveis com qualquer prazo licitatório⁴⁸.

Frise-se que o custo para cumprir determinações judiciais em matéria de atendimento a demandas da saúde não deve contar unicamente com reservas de contingência⁴⁹, uma que a intervenção judicial nessa esfera da Administração Pública é cotidiana e deve ser integrada ao planejamento anual.

A situação se torna mais espinhosa para o município quando, sem ainda cumprir com a integralidade das suas obrigações, tem que suprir a falta dos demais entes estatais. Neste caso, ainda estaria o município obrigado a manter programa de trabalho em seu orçamento para atendimento de demandas que não estão incluídas originariamente em suas atribuições e não fazem parte do seu planejamento?

se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas”.

48 Estudo de caso realizado no ano 2018, tendo como objeto as ações ajuizadas contra o município de Macaé-RJ que deflagraram alguma despesa com obrigações de fazer ou pagar na área da saúde, excluindo-se os indeferimentos da tutela de urgência, bem como a concessão sem prazo definido, em 23 (vinte e três) ações o prazo concedido para cumprimento da tutela fora de 10 (dez) dias, em 29 (vinte e nove) de 5(cinco) dias, em 4 (quatro) de trinta dias, em 5 (cinco) o prazo foi contabilizado em horas, e 1 (um) em 20 dias. Cf. DEUS, Fernando Barroso de. Sobre a necessária compatibilização entre os conceitos de urgência da lei processual e da lei de licitações: estudo baseado na análise das ações ajuizadas contra o município de Macaé (RJ) no ano de 2018. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 216, 2019, p. 35.

49 Art. 91 do DECRETO-LEI N° 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967: “Sob a denominação de Reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais”.

A análise, pensamos, deve levar em consideração o grau de importância da política pública pretendida, adotando especificamente dois parâmetros de julgamento: a urgência da política a ser implementada e o grau de imprescindibilidade para a manutenção da vida das pessoas. Desse modo, sendo inevitável para a garantia imediata da vida e havendo necessidade da celeridade da atuação estatal, deve a política pública ser assumida pela municipalidade, bem como devidamente compensada pelo ente originalmente responsável por seus custos diretos e indiretos.

Ademais, deve-se ter, com maior clareza e objetividade, aquilo que de fato é direito fundamental à saúde, para distinguir de outros direitos associados ao bem-estar, a vida saudável e ao direito ao desenvolvimento. Existem políticas públicas que são necessariamente executáveis progressivamente e demandam longo prazo, pois dependentes de complexo planejamento e vultosos aportes financeiros, fundamentados no projeto político vencedor nas eleições, como planos de saneamento básico⁵⁰. A luz do direito à saúde, tudo pode desembocar em seu lato conceito.

Também demandas individuais referenciadas à Medicina que não deveriam ser abraçadas pelo direito fundamental à saúde, no sentido de ser um direito à cura das moléstias e de preservação da vida, podem indevidamente ser pleiteadas e concedidas, onerando ainda mais um sistema de saúde notoriamente deficitário: por exemplo, uma ação determinando o congelamento dos óvulos de uma mãe, que, ao se submeter a um tratamento de câncer, viria a ter dificuldades posteriores para engravidar; ou tratamento e cirurgia para redesignação sexual⁵¹. Esses tratamentos de natureza médica são dispendiosos e obrigam ao gestor a retirar recursos de políticas diretamente ligadas à preservação da vida; não devem ser considerados, portanto, exigíveis individualmente.

Desta feita, como mínimo existencial na área da saúde, evidencia-se como de obrigatoriedade municipal o atendimento às demandas, no plano individual, de pessoas doentes. O critério de mínimo existencial, para restar afinado com as possibilidades financeiras ao nível do orçamento público, deve concentrar-se em demandas o mais imediatamente urgentes para salvar a vida humana e às mais abrangentes para o atendimento do conjunto da população. Demandas fora dessas características devem ser passíveis de não receber atendimento, pelo argumento da reserva do possível.

O conceito de despesa pública tem muito do seu conteúdo influenciado pelo modelo político e economicamente dominante. É natural, dessa forma, que normas sejam implementadas, trabalhos sejam produzidos e os signos de eficiência e efetividade remodelados, a depender do que se entenda, sob um determinado tipo de concepção de mundo, como o correto a ser realizado⁵².

50 A Lei Complementar 141, de 2012, no artigo 4º, inciso V, exclui do percentual que fixa sobre a arrecadação para investimento na saúde as despesas com saneamento básico.

51 Ver: Justiça obriga SUS a realizar cirurgia de mudança de sexo. In: *Folha On-Line*. 16 ago. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2007/08/320593-justica-obriga-sus-a-realizar-cirurgia-de-mudanca-de-sexo.shtml>. Acesso em: 13 set. 2019. Ser transgênero ou sofrer de incongruência de gênero não é mais doença psiquiátrica, segundo a Organização Mundial da Saúde, ver notícia relacionada ao tema: BBC News Brasil. Como ser transgênero foi de “aberração” e “doença” a questão de identidade. In: G1 (*site*). 30 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/09/30/como-ser-transgenero-foi-de-aberracao-e-doenca-a-questao-de-identidade.ghtml>. Acesso em: 13 set. 2019.

52 A autora portuguesa Maria d'Oliveira Martins, inclusive, anota que uma passagem inicial para a formação de um pensamento menos meritocrático, fundamentalmente Aristotélico, para um outro que incluísse na concepção de justiça a dignidade humana, o que influenciou o conceito de despesa, deveu-se ao pensamento judaico-cristão: “É de assinalar que uma das influências mais marcantes para a alteração – ainda que muito lenta – da concepção de Justiça foi o pensamento judaico-cristão. Há quem olhe para a Bíblia como uma revolução moral anunciadora de transformações societatis maiores, vendo nela a afirmação, quer de um sentido cósmico de liberdade, quer da valorização

Nesse sentido, assume a figura do Estado, ponto central do debate político e econômico, sobretudo quanto à sua maior ou menor intervenção nos variados aspectos da vida pública e privada⁵³.

No entanto, não compete ao Estado atender a todos os desejos de cada indivíduo do seu povo. A Administração Pública não é uma espécie de órgão *realizador de desejos*. O Estado do Bem-Estar Social, diante de recursos escassos, deve investir no atendimento a políticas públicas urgentes, e que abranjam toda a população prioritariamente, mormente quando ameaçados pelo espectro da doença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se ser imprescindível que uma legislação adequada seja promulgada, para estabelecer de maneira concreta e direta um critério de mínimo existencial, passível de ser mensurado e considerado na área da saúde pública, e que, atendido, possa fundamentar objetivamente o argumento da reserva do possível, diante de demanda individual ou coletiva justificada em direito fundamental à saúde.

A sobrevivência política e financeira do Estado do Bem-Estar Social depende disso. Não é possível se gastar sem planejamento e ilimitadamente, como também não é possível aumentar-se a arrecadação pela via tributária, a ponto de desestimular ou inviabilizar a atividade produtiva e o consumo.

Para se atingir ao desiderato proposto, é importante integrar ao critério de mínimo existencial na saúde municipal definição hermenêutica precisa sobre o artigo 196 da Constituição Federal, ou seja, estabelecer que o termo constitucional saúde significa o oposto à doença, por conseguinte, a cura, ou o tratamento terapêutico de patologias incuráveis.

Outro requisito a ser instituído é quanto à destinação de recursos orçamentários para a área da saúde municipal. Considerar que orçado e despendido os 15% das receitas municipais

absoluta da pessoa ou mesmo da afirmação do conceito de democracia [...]. No Novo Testamento, a humanização de Deus eleva a dignidade humana a outro nível, com reflexos profundos na compreensão do princípio da igualdade, da concepção da dignidade do Homem e da relação deste com o poder político [...]. Parece-nos que isto também se aplica às ideias que se vão desenvolvendo em torno do tema da distribuição de bens. Aliás, como se perceberá, o nosso estudo aponta-nos para que a viragem se tenha feito pela entrada paulatina da benevolência no seio da justiça. Benevolência que pode ser aqui vista também e nesta perspectiva bíblica como caridade. Preferimos ainda assim utilizar no texto a expressão benevolência e beneficência, não só porque a caridade está hoje muito conotada com a doutrina social católica, mas também porque a influência das ideias judaico-cristãs para a compreensão do papel do Estado passou por um processo de secularização ou laicização que não deve ser menosprezado.” (MARTINS, Maria d’Oliveira. *A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 25 e 26).

- 53 Sobre tudo na relação entre Estado e Mercado, a ciência da Administração tem se valido da figura de um pêndulo, exposto em COELHO da forma a seguir (in: COELHO, Ricardo Corrêa. *Estado, governo e mercado*, 3. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2014, p. 23): “A partir de um determinado momento em que o pêndulo chega ao seu ponto máximo à direita, e os mecanismos de mercado mostram-se insuficientes para estimular o investimento privado, o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, a sociedade começa a inclinar-se à esquerda, buscando cada vez mais a intervenção do Estado como forma de corrigir as falhas de mercado, sanar as suas insuficiências e recriar as bases para a retomada dos investimentos, a expansão da economia e o aumento do bem-estar. No momento em que o pêndulo chega ao seu ponto máximo à esquerda e a intervenção do Estado na regulação da vida social e econômica não se mostra mais capaz de promover o crescimento econômico e o bem-estar dos indivíduos – passando a ser percebido como um empecilho ao investimento privado, que é a condição necessária para a expansão econômica nas sociedades capitalistas –, tem início o movimento oposto da sociedade em direção à direita, com a retração do Estado em favor dos mecanismos de regulação de mercado. A imagem metafórica do pêndulo social, oscilando entre direita e esquerda, pode bem ilustrar a alternância entre os princípios dominantes de organização das relações sociais, mas é insuficiente para explicar como, em cada momento específico, as relações entre o Estado e o mercado, de fato, estabelecem-se. Para esse movimento, a figura mais adequada é a da espiral, que agrega uma outra dimensão nesse movimento”.

previstos para ações e serviços de saúde (como prevê a Lei Complementar n. 141 de 2012), o critério objetivo de atendimento ao mínimo existencial foi atingido, e é oponível validamente sob o argumento da reserva do possível à demanda individual ou coletiva, e deverá ser considerado judicialmente. O ideal é que uma regra constitucional seja criada para impor isso como norma.

Mais uma premissa a ser observada para a formação de um critério objetivo-financeiro de mínimo existencial para a política de saúde municipal é a delimitação constitucional da competência do município na área da saúde pública, para a atenção básica, principalmente, e, subsidiariamente e excepcionalmente, desde que não comprometa o orçamento segundo critério objetivo de reserva do possível, o atendimento de média e alta complexidade, em caso de omissão dos demais entes federativos.

Para um último requisito, tem-se que o orçamento deve ser dedicado à execução de políticas públicas com o máximo de abrangência e mais imediatamente necessária (e urgente) à saúde física das pessoas. Desta feita, quanto maior a abrangência da política pública a ser implementada, e quanto mais vinculada estiver ao atendimento de demandas urgentes de saúde, mais aproximada ao critério de mínimo existencial orçamentário na saúde municipal estará a ação governamental pretendida.

Funda-se, assim, o critério objetivo para a alegação de reserva do possível pelo poder público municipal, nos seguintes pilares: 1) deve ser incluído no orçamento público, imperativamente, apenas o fornecimento de bens e serviços expressamente determinados pela Constituição Federal; 2) o nome saúde, na locução constitucional, é vinculado necessariamente a tratamento ou prevenção de doença, e não a outros procedimentos médicos ou sanitários; 3) a esfera municipal de responsabilidade pelo serviço público de saúde é a do atendimento básico, e, subsidiariamente e excepcionalmente, em caso de urgência comprovada, o do atendimento a serviços de média e de alta complexidade a serem indenizados pelo ente federativo responsável; 4) cada município é responsável pelo atendimento do seu munícipe, pelo que deverá indenizar o município que eventualmente atender em sistema de saúde próprio o forasteiro; 5) planejada no orçamento a utilização dos recursos municipais em 15% das receitas, e demonstrado o investimento do mesmo, o argumento da reserva do possível deverá ser judicialmente acolhido para obstar a responsabilidade do município em providenciar o bem ou o serviço demandado, salvo situações excepcionais e devidamente justificadas.