

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

GLÁDEVON JOSÉ DA COSTA

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

**João Monlevade
2017**

**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
GLÁDEVON JOSÉ DA COSTA**

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João
Monlevade, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Constitucional.**

**Prof. Dr. Orientador: Hugo Lázaro
Marques Martins.**

João Monlevade

2017



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, elaborado pelo aluno GLÁDEVON JOSÉ DA COSTA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

João Monlevade, ____ de _____ de 2017.

Prof.Dr. Hugo Lázaro Marques Martins

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

Dedico a todos da minha família e amigos que durante o meu período de formação contribuíram com ensinamentos e incentivos.

A minha gratidão, em especial à minha esposa pela compreensão, como resposta aos momentos de minhas ausências e omissões, em dedicação às atividades da DOCTUM.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e à minha querida esposa Rejane Geralda Costa por todo apoio, compreensão e incentivo.

Aos professores do curso, especialmente ao Doutor Hugo, pelo estímulo e competência.

Aos amigos e colegas de sala que contribuíram generosamente para a realização e conclusão deste trabalho.

Fazei leis simples e claras; e esteja o país inteiro preparado a armar-se para defendê-las, [...]. Que elas não favoreçam qualquer classe em especial; protejam igualmente cada membro da sociedade; tema-as o cidadão e tema apenas diante delas. O temor que as leis inspiram é uma fonte nefasta de delitos. (BECCARIA, 2009, p.102)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CR/88 Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH Declaração Universal dos Direitos Humanos

OMS Organização Mundial de Saúde

ONU Organização das Nações Unidas

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJMG Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJPE Tribunal de Justiça de Pernambuco

SUS Sistema Único de Saúde

RESUMO

Ao longo deste trabalho, é apresentada a evolução histórica da reserva do possível, adotado preliminarmente na Alemanha e institucionalizada com o objetivo de promover razoavelmente a efetivação dos direitos sociais, através de igualdade. Analisa-se o dever do Estado em garantir o direito fundamental à saúde em face ao princípio da reserva do possível, onde o Estado faz aquilo que está à sua medida para concretizar esse direito. É tratado ainda de vários princípios do nosso ordenamento jurídico, tais como o acesso à saúde, o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, relacionando-os ao tema proposto, de modo a destacar a questão de ser a saúde uma obrigação primária por parte do Estado, que deve por ele realizada. Será apresentado em pormenores o posicionamento dos tribunais brasileiros, em que na maioria deles vem decidindo em favor dos direitos fundamentais. Tratou-se de uma pesquisa do tipo teórica, para a qual foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental. Diante disso, é possível estabelecer a hipótese da concretização do direito fundamental a saúde, diante das limitações da reserva do possível. Isso porque o que se observa comumente é a avocação da referida teoria para justificar a deficiente ou a ausente efetuação dos direitos sociais de aplicabilidade diferida. Destaca-se também a deficiência do Estado em cumprir e fazer cumprir o direito à saúde e, conseqüentemente, a inevitabilidade da intervenção judicial, através de reiteradas ações judiciais de alegações sobre o princípio da reserva do possível, envolvendo o Estado e seus principais argumentos.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Igualdade. Reserva do possível. Saúde.

ABSTRACT

Throughout this paper, the historical evolution of the reserve of the possible, preliminarily adopted in Germany and institutionalized with the objective of reasonably promoting the realization of social rights, through equality, is presented. It analyzes the duty of the State to guarantee the fundamental right to health in the face of the principle of reserving the possible, where the State does what is right for it to realize this right. It also deals with several principles of our legal system, such as access to health, equality and dignity of the human being, relating them to the proposed theme, in order to highlight the issue of health being a primary obligation on the part of the State, which it must carry out. It will be presented in detail the position of the Brazilian courts, in which most of them have been deciding in favor of fundamental rights. It was a research of the theoretical type, for which bibliographical and documentary research was used. Given this, it is possible to establish the hypothesis of the realization of the fundamental right to health, given the limitations of the reserve of the possible. This is because what is commonly observed is the avocation of said theory to justify the deficient or absent realization of social rights of deferred applicability. It also highlights the State's failure to comply with and enforce the right to health and, consequently, the inevitability of judicial intervention through repeated judicial claims of the principle of reserving the possible, involving the State and its main arguments.

Keywords: Dignity of the human person. Equality. Reservation of the possible. Cheers.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.....	12
2.1	Direitos Humanos.....	14
2.2	Direitos Fundamentais.....	18
3	PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	21
3.1	A evolução histórica sobre “Reserva do Possível”	25
3.2	Garantia do Mínimo Existencial	27
4	ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL	31
4.1	O direito a saúde e a vida	34
4.2	A judicialização da saúde	37
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Neste trabalho o tema analisado é dever do Estado em garantir o direito fundamental à Saúde em face ao Princípio da Reserva do Possível, onde o Estado faz aquilo que está à sua medida para concretizar o Direito.

Nesta seara, sabe-se que todos os direitos têm - ou deveria ter - aplicabilidade imediata, seja no caso dos direitos humanos internacionais, seja no caso os direitos fundamentais, nos termos de nossa constituição.

No entanto, o que tem acontecido na realidade é que as pessoas que têm o direito de exercer efetivamente os direitos, porém não vem ocorrendo de forma eficiente em função de uma variedade de motivos, dentre eles é destacam-se a capacidade financeira, a cultura e outros.

Neste caso, é extremamente importante existir um meio de ofertar possibilidades às pessoas para que consigam exercer os direitos a elas assegurados.

A questão exposta aqui é que a doutrina tem relacionado o princípio da reserva do possível a vários conjuntos de direitos sociais, transmitindo a ideia de que quando houver o erário disponível, é possível assegurar os direitos sociais reclamados, conforme será mostrado através das lições de Bonavides (2006).

No decorrer deste trabalho, será apresentada a evolução histórica da reserva do possível, adotado preliminarmente por autores da Alemanha, institucionalizada com o fito de promover razoavelmente a efetivação dos direitos sociais, através de igualdade.

Aqui em nosso país, preliminarmente, a reserva do possível é sempre mencionada no sentido de que são inúmeras as necessidades dos brasileiros e quase sempre são escassos os recursos para suprir as carências.

Esta obra trata também de vários princípios do nosso ordenamento jurídico, tais como o acesso à saúde, o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, relacionando-os ao tema proposto. Por conseguinte, será discutida destacadamente a questão de ser a saúde uma obrigação primária por parte do Estado, que deve por ele realizada, nos dizeres de José Afonso da Silva (2005).

Destaca-se também a deficiência do Estado em cumprir e fazer cumprir o direito à saúde e, conseqüentemente, a inevitabilidade da intervenção judicial, submetendo-o a garantir nesta perspectiva a assistência à saúde, de forma integral.

A apresentação reiterada em processos judiciais de alegações sobre o princípio da reserva do possível, envolvendo o Estado e seus principais argumentos, a que vem se valendo e se beneficiando à custa dos cidadãos, que são partes vencidas no poder judiciário são evidenciadas.

Além disso, vale dizer que a impossibilidade financeira alegada pelo ente estatal deve ser comprovada. Ou seja, a reserva do possível não pode ser invocada de forma irresponsável.

Felizmente, conforme exposto ao longo do trabalho, apresentado em pormenores o posicionamento dos tribunais brasileiros, em que na maioria deles vem decidindo em favor dos direitos fundamentais, isto é, apartando a reserva do possível e garantido o Estado Democrático de Direito.

Assim, o princípio da reserva do possível traz a ideia de limitação orçamentária dos recursos públicos diante da imensa demanda social. Pode ser traduzida no binômio razoabilidade e disponibilidade financeira. Por isso, não deve ser utilizado, conforme veremos, de forma indiscriminada, sobretudo na visão do doutrinador Barroso (2015).

O objetivo do presente estudo, portanto, está direcionado às funções relevantes dos princípios constitucionais, em especial do acesso à saúde e a sua aplicação jurídica, capaz de disciplinar a própria aplicação do referido princípio e as decisões por parte do Poder Judiciário, relacionadas ao princípio da reserva do possível e sua contraposição às obrigações devidas ao Estado.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo. Com o procedimento adotado histórico e comparativo.

Isto posto, tais questionamentos nos remetem à reflexão de existirem possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do impossível, pois é possível estabelecer à hipótese da concretização do direito fundamental a saúde, diante das limitações da reserva do possível, como demonstrado ao longo deste trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

O povo brasileiro experimentou durante a década de oitenta o processo de transição do regime militar para o regime democrático, que teve como marco a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CR/88) pelo Congresso Nacional, logo chamada de “Constituição Cidadã.”

O doutrinador Silva (2005, p. 32) aponta inovações basilares que diferencia a Constituição de 1988 das constituições anteriores, mas, segundo ele, a mais importante inovação é a “ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização de uma cidadania:

Pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição democrática na história do Brasil. E a “Constituição Cidadã [...] pode ser considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos.

Esta Constituição teve por característica incorporar à ordem política e jurídica brasileira uma ampla pauta de direitos e garantias fundamentais, civis, políticos e sociais. Além disso, criou novo e ampliou o alcance de institutos processuais já existentes voltados para a proteção e concretização desses direitos.

É somente com o processo de democratização, iniciado em 1985, que o Estado brasileiro passa a corroborar os principais documentos de proteção dos direitos humanos. Impelidos pela CR/88, que consagra os princípios de prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, o Brasil passa a ser inserido no cenário de proteção internacional dos direitos humanos.

Sobre princípio, segundo Mello (2007, p. 21):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Assim, com a constante evolução social, foram sendo ampliados os princípios norteadores e estruturais do Estado de Direito. Tais princípios podem ser expressos, ou seja, vêm claramente expostos do texto normativo e também podem ser implícitos, estes que por sua vez, apesar de não encontrar claramente na legislação,

também servem de norte para o aplicador do direito, e, ambos gozam da mesma força normativa.

De acordo com Mello (1996, p. 545-546):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (Grifo nosso).

Inicialmente, tal proteção é feita por uma série de normas que garantem este protecionismo. Um destes meios de garantias são os chamados princípios, que podem ser conceituados como as bases que fundamentam um determinado ordenamento jurídico.

Ressalta-se a importância do respeito aos direitos humanos no âmbito estatal, uma vez que o Estado deve garantir ao seu povo os direitos e deixar bem transparente os deveres que cada cidadão deve cumprir de modo que a observância dos direitos humanos seja o primeiro aspecto a ser analisado na esfera estadual, sobretudo no que se refere à saúde da pessoa.

Como ramo da saúde e observando a evolução da sociedade, pode-se afirmar que se faz necessário algumas mudanças que possam contribuir para a formulação e implementação de um sistema de garantia de saúde mais democrático, sob o amparo dos valores que originam a cidadania e os direitos humanos, pressupondo preliminarmente o respeito do Estado para com os cidadãos que tanto carecem desses serviços.

Nesta linha de pensamento, entende-se como cidadania o conjunto de direitos e deveres pelo qual o indivíduo está sujeito no seu relacionamento com a sociedade em que vive.

Trata-se da competência histórica em termos de decidir e concretizar a oportunidade de desenvolvimento humano sustentável; é a competência para apreender a realidade e a partir da consciência histórica, intervir de forma crítica.

Nesse diapasão, a cidadania e os direitos humanos não podem ser garantidos apenas para alguns, mas para todos os cidadãos, porque senão sociedade será construída em um aspecto onde o “*apartheid*” será a regra do jogo. Em outros termos, não pode haver serviços de saúde de qualidade somente para ricos, mas para todos de forma igualitária.

2.1 Direitos Humanos

Os Direitos Humanos são entendidos como os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos e também está ligado com a ideia de liberdade de pensamento, de expressão, e a igualdade perante a lei.

São as faculdades, liberdades e reivindicações inerentes a cada pessoa unicamente com o fundamento da sua condição humana. Tratam-se, de direitos inalienáveis e independentes de qualquer fator particular. São irrevogáveis, intransferíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Como reconhecimento democrático da condição de todos como iguais, os direitos humanos representam o Estado Democrático de Direito, que se consubstancia por um conjunto de normas jurídicas asseguradoras de direitos, que devem ser seguidas, respeitadas e vivenciadas pelos cidadãos de todas as raças, condições sociais, políticas, econômicas e culturais.

Percebe-se que o equívoco existente no que tange à dignidade da pessoa humana é ressaltado pela importância do respeito aos direitos humanos na esfera estatal, haja vista que tem a necessidade do Estado de avaliar sua gente.

Assim, encontra-se na obra *Gênese dos Direitos Humanos*, de Herkenhoff (2002, p. 19), a seguinte definição:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Assim, a condição humana, por si só, já se introduz na condição de ser possuidor de direitos fundamentais essenciais ao provimento do bem estar do ser humano.

Entender Direitos Humanos é reconhecer a dignidade da pessoa humana como sendo esta, dotada de direitos fundamentais que lhe permita o mínimo de garantias para o seu desenvolvimento no meio social.

Verifica-se que a CR/88, buscando a garantia da dignidade humana, relaciona alguns direitos, entendidos como fundamentais ao ser humano, como sendo invioláveis, como se vê em seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

Sabendo-se que direitos humanos é condição inerente ao ser humano e que o meio social em que o indivíduo se forma enquanto cidadão implica na construção e promoção de valores e princípios que resultarão em direitos e deveres individuais e coletivos, não se pode desassociar o princípio da reserva do possível do que se entende por Direitos Humanos.

Portanto, os direitos humanos são direitos fundamentais ou essenciais do homem servindo de base, de fundamento a vários outros direitos derivados ou inferiores a eles que são previstos nas Constituições, principalmente, a Constituição brasileira em vigor.

Direitos humanos é uma ideia política com base moral e estão relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles expressam claramente o relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade, entre indivíduos e estado.

No entendimento de Balestreri (2003), os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico adotado pela nação. Assim sendo, qualquer ideologia política que não incorpore o conceito e a prática desses direitos pode fazer reivindicações de legitimidade.

Apesar dos vários tratados e declarações adotadas com a consciência e o consenso da comunidade internacional temos como triste realidade que nenhum dos direitos declarados é respeitado uniformemente no mundo inteiro.

A adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, representa grande marco no desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos.

Os direitos inscritos nesta Declaração constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem tais direitos, a dignidade da pessoa humana não se concretiza por inteiro.

A Declaração transformou-se numa fonte de inspiração para que fossem elaboradas cartas constitucionais e tratados internacionais objetivando a proteção dos direitos humanos.

A Carta Constitucional Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, título II, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, assegurou o princípio da igualdade de todos perante à lei, ou seja, de naturais e estrangeiros residentes no país, sem distinção de qualquer natureza, no que diz respeito à questão da vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Para definir os Direitos Humanos, doutrinariamente, várias posições são encontradas de maneira diferentes. Uns procuram direcionar o assunto, tratando-o como direitos inerentes à vida, à segurança individual, aos bens que preservam a humanidade. Outros buscam sustentar suas ideias com expressões de valores superiores embutidos nos homens.

Existem autores que o defendem como o produto da competência legislativa do Estado ao reconhecer direitos e estabelecer um equilíbrio na sociedade. Há também aqueles que afirmam ser uma conquista social por um processo de luta política, que se iniciou nos tempos mais longínquos da existência da humanidade.

Os direitos humanos, apesar de ser um assunto novo, principalmente no Brasil, onde a consciência do avanço da democracia é crescente, é fruto de grandes lutas travadas pela sociedade aos mecanismos da opressão, exploração, do preconceito e, principalmente, da violência dentro da sociedade.

Com o surgimento do capitalismo, ao findar o século XVIII, aumentou a importância dos institutos voltados à proteção do indivíduo face à sociedade e ao próprio poder Estatal. Muitos fatores contribuíram para que isso ocorresse. Entretanto, é inegável a participação que foi dada pela França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em 1789, registrando como a precursora na história da humanidade na luta pelo direito do homem.

A universalização das declarações de direito, de caráter estatal, passou a ser objeto de realidade supraestatal, em documentos declaratórios de feição multinacional ou universal. Vale a pena salientar que as primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, com a finalidade de estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e indivíduos de todas as nacionalidades, indistintamente.

A Carta no seu conteúdo apresenta a reafirmação da fé nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens, independentemente do tamanho da nação. Assim a preocupação com os

Direitos Humanos cumpria e tinha consequência com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

A DUDH foi elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), através de seu Conselho Econômico e Social após a Segunda Guerra mundial, em meio às atrocidades provocadas por ela.

Ao abordar os Direitos Humanos no Brasil deve-se lembrar que são conquistas do ser humano na luta por melhores condições de vida. Podemos nos referir aos direitos que estão na constituição brasileira, em legislações diversas e Declarações de Direitos como no âmbito internacional a Declaração Americana dos Direitos Humanos e no âmbito nacional, legislações como Lei de abuso de autoridade, Lei contra a tortura.

Porém isso não significa que estejam presentes na vida das pessoas, pois, normalmente, não são juridicamente protegidos e, na maioria das vezes, são omitidos ou mesmo tirados do cidadão na medida em que lhes são negados pelo estado, pela sociedade ou mesmo por indivíduos que são responsáveis pelo cumprimento das leis.

A conceituação de Direitos Humanos no Brasil se assemelha muito à dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela atual Constituição, estando o respeito aos Direitos Humanos intimamente ligados ao princípio democrático.

A Constituição é a lei principal, situada acima das outras regras, sendo poder supremo, com força capaz de dar estrutura e lançar os fundamentos políticos, sociais e jurídicos do Estado. É a própria revelação da soberania nacional.

A Carta Magna de 1988, diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem, tendo sido escrita para o homem. É um documento que se espelha nos princípios da Carta Universal de Direitos Humanos e busca amparar tanto quanto possível os direitos e garantias do homem e do cidadão. Ela contempla e enfatiza a prevalência dos direitos humanos, sendo a maior expressividade desses direitos registrados no País.

Prescreve ainda, como objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

É a Constituição Federal que prevê os direitos de todos os cidadãos. Percebe-se que há preocupação com a garantia dos direitos inalienáveis.

2.2 Direitos Fundamentais

O Estado brasileiro constitui-se em democrático de direito, tendo como um de seus fundamentos a proteção à dignidade da pessoa humana, que é o princípio norteador e de suma importância para a manutenção do próprio Estado, no cumprimento de sua finalidade última, que é o bem comum.

Característica também muito interessante do Estado Democrático de Direito é a submissão do próprio Estado ao Direito, aos limites que as normas e os princípios impõem, passando o próprio Estado a ser obrigatoriamente cumpridor deles, o que leva os agentes públicos a agirem dentro da legalidade de forma a justificar a sua conduta.

Neste sentido, assim nos ensina Barroso (2009, p. 69):

Os agentes do Estado não agem em nome próprio nem para seu autodesfrute. As condutas praticadas no exercício de competências públicas estão sujeitas a regras e princípios específicos. [...] O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, reza que o Brasil é uma República Federativa que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A linguagem deste termo está prevista no mundo do dever-ser, por um vínculo necessário e imprescindível para o estudo do ser no direito pátrio, bem como seu conceito fundamental que é garantir ao homem uma existência digna, atingindo assim a felicidade e seus direitos básicos como ser humano.

O artigo 1º da Declaração Universal das Nações Unidas (1948) cita: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade” (p. 01).

A doutrinadora Moraes (2003, p. 85) afirma que: “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”

Nesse ponto, comungando com a ideia da nobre doutrinadora, é de se levar em conta que no mundo de hoje, com tanta desigualdade evidente em todas as cidades, as pessoas convivem diariamente com todo o tipo de violência, além do desemprego e corrupção generalizada, educação e saúde precária, carregando consigo, uma carga de estresse considerável.

Portanto, todas as pessoas têm o direito à proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, como um dos princípios de maior status defendido pela Constituição Federal. Neste sentido, de acordo com Sarlet (2001, p. 60):

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano o que faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas, para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, o Estado para evitar agressão aos direitos fundamentais do ser humano, promoveu uma ação negativa (passiva) que evita ataques aos direitos fundamentais basilares e outra ação positiva (ativa), realizando ações concretas que criam condições efetivas de vida digna de pessoa humana, preconizado pela Constituição Federal.

Nas palavras do filósofo Kant (1986, p. 77):

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. Os direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los.

Para Kant(1986), a dignidade não tem preço, nada a substitui, a dignidade faz parte da condição humana de vida, e deve ser respeitada por todas as pessoas.

A carta magna expressa claramente em seu artigo 5º inciso XLI “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A interpretação que se deve fazer do inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal é que a lei punirá qualquer forma de discriminação que venha atentar contra a os direitos e liberdades fundamentais, entendidas como a honra, a dignidade, o direito a um ambiente de trabalho saudável, o direito a igualdade, dentre tantos outros.

Os direitos fundamentais atendem a uma classificação de acordo com os objetivos de cada um: os direitos sociais, econômicos e culturais (princípios da igualdade), os direitos políticos e civis (princípios da liberdade), os direitos chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam interesses de grupos menos determinados de pessoas, porém sem que haja entre elas um vínculo jurídico mais preciso, também conhecidos por direitos difusos.

Para melhor caracterizar os direitos fundamentais, Silva (2005, p. 178) divide-os em dois aspectos: primeiramente em fundamentais porque no qualificativo fundamentais, que reside à indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e muitas das vezes nem sobrevive. Em um segundo momento são fundamentais do homem porque não devem ser reconhecidos somente de maneira formal, mas também, concretamente e materialmente garantidos.

Classifica-se a natureza dos direitos fundamentais do homem como situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2005, p. 179).

Os autores Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 267) certificam:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e Indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Conclui Silva (2007, p. 178) que a expressão - Direitos Fundamentais do Homem são limitações imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

Porém, devemos destacar que os direitos fundamentais, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 274), não são absolutos e ilimitados, visto que há a necessidade de coexistência dos direitos entre si.

Vale dizer que tais restrições devem ser operadas em lei e mesmo assim, não poderão ser de tal monta que esvaziem o conteúdo do direito fundamental. Para tanto, essas restrições deverão ser redigidas de forma clara, determinada, geral e proporcional para que não cause dúvidas no interprete da norma.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, pois a adequação exige que as restrições adotadas sejam aptas a alcançar o objetivo pretendido. Por isso, a lei restritiva de direitos fundamentais deverá observar os critérios acima descritos, entre os quais o da proporcionalidade, sob pena de ser tal medida inconstitucional.

3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A CR/88 garante aos cidadãos brasileiros diversos direitos que são conhecidos como fundamentais e ligados à garantia deles estão dois institutos: a reserva do possível e o mínimo existencial.

O princípio da reserva do possível estabelece a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que tange ao cumprimento de alguns direitos sociais e fundamentais, e dentre eles o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Dessa maneira, Machado (2008, p. 66) esclarece que:

Como consequência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que prevêm tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, seja porque o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público, seja porque tal atribuição caberia apenas ao legislador por força do argumento democrático. Tais direitos não seriam direitos subjetivos.

O aspecto jurídico, por sua vez, traz o poder que o Estado possui sobre os recursos destinados à saúde, sendo que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que a competência decisória seja repartida e para que todos os princípios constitucionais sejam garantidos e tratados em igual hierarquia. Cabe, portanto, ao Estado a decisão de como serão alocados os recursos públicos. Tomando por base o princípio da separação dos poderes, disposto no artigo 2º da Constituição Federal, não poderá o Judiciário interferir e controlar as políticas públicas. Torres (2008, p. 73 e 74).

Amaral e Melo (2008, p. 97) tratam do referido tema, nos remetendo à seguinte indagação:

Quanto à limitação da “reserva do possível” pode-se defini-la com base em dois aspectos: o fático, em que o caráter econômico é levado em conta, reportando-se à noção de limitação dos recursos disponíveis e questionando se os recursos destinados à saúde realmente existem, como é feita sua disponibilização e como são alocados.

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o conceito de reserva do possível é uma construção doutrinária que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos.

No entendimento de Aaron Hillel Swartz (2001, p. 19), “a questão de escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas pensam que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante,

ou até imoral. Mas o aumento de custo com tratamento tornou essa posição insustentável.”

Ao tratar do assunto presente, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 112) afirma que:

Como dá conta a problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’, a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

[...] oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direciona a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais[...] que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível [...]Assim, levar a sério a “reserva do possível” significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes.

A reserva do possível, a grosso modo, é uma espécie de reconhecimento honroso estatal atestando a sua incapacidade em atender a todas as suas demandas notadamente judiciais em que o Estado é requerido, medicamentos, uma vaga em escola, questões pertinentes à seguridade social, segurança pública. O grande problema é que a reserva do possível foi pensada para ser instituto excepcional do nosso ordenamento e ao contrário disso, de exceção virou regra.

Somente como forma de ilustrar o assunto ora tratado, tendo em vista a enorme quantidade de decisões jurisprudenciais no que se refere à obrigação do Estado em fornecer medicamentos e tratamento adequado aos direitos fundamentais atingidos, temos as seguintes decisões:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDICAMENTO - FORNECIMENTO GRATUITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A AMPARAR A PRETENSÃO AUTORAL. IMPETRANTE. PORTADORA DE MOLÉSTIA GRAVE. DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DEVER DO ESTADO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE - SEGURANÇA CONCEDIDA. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO UNÂNIME. (BRASIL. TJPE, 2013)

E neste mesmo raciocínio:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER

JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos é a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade, da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública - foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, 2013)

Utilizar um discurso baseado na reserva do possível para justificar a deficiente ou a ausente concretização de direitos sociais de aplicabilidade diferida tem sido comum. Ora, esse tipo de vinculação só pode gerar dois tipos de conclusão: ou o Estado não possui dinheiro em seus cofres ou esse dinheiro existe, sendo, porém, mal-empregado, de modo que aquilo que é básico e deveria ser concretizado não o está sendo (KRELL, 1999, p. 241-242).

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Comumente, como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, torna-se necessário fomentar as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa esta que deve ser idealizada e realizada pelos órgãos de execução, representantes dos cidadãos, e não pelo Poder Judiciário, via de regra.

Ou seja, cabe aos governantes eleitos pelo povo – no livre exercício do poder discricionário – a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha de políticas públicas eficazes para suprir as deficiências, de forma mais eficiente possível, de modo a atender o máximo de pessoas da sociedade.

Na prática, a reserva do possível vem sendo alegada de uma maneira indiscriminada nas peças dos órgãos de defesa das procuradorias dos Estados, União e Municípios. Ou seja, às vezes carece-se de uma análise prática em cada

caso concreto, pois a reserva do possível foi pensada justamente para justificar o elemento que seria deixado temporariamente de lado, também chamadas de escolhas trágicas.

No entendimento de Scaff (2005, p. 98):

Esta teoria somente pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto, ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades.

Como este princípio passou-se então a ser utilizado como justificativa da ausência dos cumprimentos dos deveres do Estado, entende-se que não passa de argumento ardil para que os entes federativos não cumpram o papel social que a própria Constituição lhes conferiu, qual seja, de prover as necessidades da sociedade, representada pelos direitos fundamentais descritos.

Já Netto (2004, p.19), sustenta que é de suma importância para toda a sociedade a existência deste princípio:

E, por mais que a invocação desta argumentação possa ser considerada – se for objeto de uma análise superficial e menos detida – insensível, cruel ou desumana, face o compromisso que a Pátria Brasileira assumiu (cunhado na Carta Magna) de bem tratar seus nacionais e mesmo estrangeiros que aqui estiverem (Welfare State – Estado do Bem-Estar Social), é um princípio de curial importância para a preservação do bem e dos interesses maiores da sociedade, representando pela coletividade como um todo.

Notadamente, a realidade do Brasil se comparada à de muitos países é muito discrepante, pois há milhões de seres humanos excluídos socialmente. Aliada a isso, a corrupção política enraizada desde os tempos do descobrimento faz piorar ainda mais o cenário, e em meio a esses extremos temos um país carente de efetividade de direitos.

Além disso, vale dizer que a impossibilidade financeira alegada pelo ente estatal deve ser comprovada. Ou seja, a reserva do possível não pode ser alegada de maneira irresponsável.

Isso porque a conotação efetiva da teoria da reserva do possível deve ser compreendida sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão coligida, (a efetividade dos direitos constitucionais) e as possibilidades financeiras do Estado.

Dessa forma, a reserva do possível não pode ser invocada pelo executivo, por exemplo, para deixar de cumprir suas obrigações sociais pela simples desculpa de

limitação de recursos financeiros diante das necessidades do cidadão, a serem supridas pela sua própria gestão.

Dessarte, Lima e Melo(2011), sobre o Princípio da Reserva do Possível, descreve que:

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Infelizmente, na contramão do raciocínio exposto acima, é comum de se ver prefeitos argumentando a falta de dinheiro para a saúde e outros segmentos essenciais e no fim do ano ele mesmo contrata um artista de renome nacional, caríssimo, para fazer um show artístico em praça pública. Portanto, há que se ter uma coerência fundamental nesse ponto.

O princípio da reserva do possível busca, portanto, limitar a responsabilidade estatal. Porém, as balizas são estipuladas pelos próprios limites orgânicos e financeiros de que dispõe o Estado. Assim, é possível arrematar que no referido princípio prevalece a apreciação da realidade mediante a razoabilidade dos valores que estão em jogo, sobretudo na causa a ser apreciada e julgada.

3.1 A evolução histórica sobre “Reserva do Possível”

Originalmente, a teoria do princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha, nas decisões proferidas pela Corte Federal Alemã, mais precisamente no julgado “*BverfGE n.º 33 303*”, onde o objeto deste foi o fato de um cidadão alemão ter ingressado com uma ação, tendo como propósito obter autorização para cursar medicina em uma universidade pública.

Sobre a Teoria da Reserva do Possível, Reis (2012, p. 64) assinala que:

A reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional Alemão. Em decisão conhecida como *numerus clausus*, a Corte enfrentou demanda em que, por não terem sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, ante uma política governamental de limitação do número de vagas no ensino superior, estudantes pleiteavam o direito de cursar o ensino superior público, baseados no art. 12 da Lei Maior daquele Estado, que assegurava a todos os alemães o direito de escolher livremente sua

profissão. Ao decidir o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que a prestação positiva buscada encontrava-se sujeita à reserva do possível.

A justificativa para isso estava baseada no fato de que a Lei Federal Alemã previa a livre escolha dos cidadãos para escolherem o trabalho, ofício ou profissão em que quisessem ingressar, e, tendo o indivíduo procurado pelas vias administrativas e não conseguindo por falta de vagas, alegou então, em vias judiciais, a respectiva lei onde assegurava ao povo alemão a livre escolha para o trabalho e demais previsões (BVERFGE Nº 33 303, 1972).

A decisão da Corte Federal Alemã estabeleceu que deveria ser observado o princípio da Razoabilidade no presente caso, justificando assim que só se poderia exigir do estado aquilo que efetivamente poderia ser realizado, de acordo com suas possibilidades para a realização de tal ato, e ainda, observou que mesmo que houvesse decisão em sentido de procedência da ação, é reconhecido que não há condição para tanto, ou seja, de nada adiantaria a poder judiciário conceder a vaga, sendo que a faculdade não teria condições físicas para comportar o estudante nela (BVERFGE Nº 33 303, 1972).

Esclarecendo estes fatos, Oliveira Neto (2010, p. 1) nos mostra:

A teoria do princípio da reserva do possível tem origem nas decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Ficando a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade. Assim é que, a origem remota deste posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na Nação Germânica (BverfGE n.º 33, S. 333). No qual uma ação judicial então proposta, visava a obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Embasado na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. Tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as academias públicas.

No Brasil, a reserva do possível, como lembra Fernando Facury Scaff (2004, p. 148), utiliza-se do argumento de que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos”.

Nos dias de hoje, os tribunais superiores se posicionam com o entendimento de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado quando se discutir direitos fundamentais integrantes do chamado “mínimo existencial”.

[...]

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS

“ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria lei fundamental. Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade a pessoa humana. Doutrina. Precedentes. (BRASIL. STF, 2011, grifo nosso)

O entendimento acima nos faz entender que qualquer demanda em favor de um ou mais cidadãos contra o Estado objetivando a satisfação de um determinado direito, deve permanecer em um patamar em que o estado visivelmente possa ou não cumprir, ficando restritos a reserva e disponibilidade de recursos.

3.2 Garantia do Mínimo Existencial

Nesta seara, o Estado por sua vez, garante somente o mínimo, que de forma alguma, alcança a todos aqueles que não conseguem sozinhos arcar com suas necessidades.

Todavia, este mínimo existencial refere-se àquilo que é o básico para que a pessoa possa viver com dignidade, isto é, em conformidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que vai bem mais além da ideia de mínimo pensado pelo Estado.

Pela teoria geral do mínimo existencial (BERNAL PULIDO, 2007, p. 408-409), aos indivíduos são reconhecidos direitos minimamente essenciais representados pelas exigências mínimas, que devem ser satisfeitas pelo Estado, mediante prestações sociais que efetivem os direitos sociais.

O mínimo existencial também é objeto de análise por Barcellos (2002, p. 89), que o identifica como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde

básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

O princípio do mínimo existencial surge nessa seara e tem sido invocado, em contraponto, mesmo diante de um quadro de falta de recursos. Nesses casos, o poder público deve garantir um mínimo necessário para existência mínima da população. Isso está presente em muitas causas de reivindicação de medicamentos de preços exorbitantes, porém essenciais.

Sarlet citado por Zenaida Tatiana Monteiro Andrade (2003, p.119), sobre o assunto, diz que:

a possibilidade do titular desse direito (em principio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do Poder Público [sic] (e eventualmente de um particular) algum prestação material, tal como um tratamento medico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou beneficio ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade. [...] Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros.

A CR/88 proíbe a realização de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que ultrapassem os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), assim como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

A corroborar o tema, Torres (2005, p. 73) ensina que o mínimo existencial pode ser entendido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Complementa Portella (2017, p. 7), que é dever do Estado garantir apenas aos pobres, e não a toda população:

*SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Em primeiro lugar pela entrega direta de prestações de serviço público específico e indivisível, gratuitas através da atuação das imunidades das taxas e dos tributos que dependem de prestações, como nos casos da educação primária e da saúde pública. A proteção da liberdade pode se dar, também, por subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, tanto públicas como privadas. A entrega de bens públicos, como roupas, remédios e alimentos, nos casos de calamidade pública, ou como forma de assistência social a pessoas carentes, através do fornecimento de merenda escolar, leite, etc, não depende de pagamento, porque se trata de proteção do mínimo existencial. No entanto, é necessário ressaltar que a ação estatal deve se restringir à entrega de bens necessários à sobrevivência dos pobres, pois ao Estado não compete a concessão de bens e serviços a toda a população.

É necessário também correlacionar o direito ao fator custo, pois não se pode estudar direitos fundamentais sem desvencilhar-se do fator custo, haja vista que os direitos demandam valores astronômicos, sobretudo os direitos sociais.

Com efeito, é trazido a seguir um trecho da ementa do julgado, em que o STF trata da controvérsia em questão:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. -A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.** - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUIÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de**

caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (BRASIL, STF, 2011, grifo nosso).

Assim, as necessidades prioritárias, melhor referidas como exigências mínimas, possuem um conteúdo baseado em escolhas genéricas e objetivas, desconsiderando-se quaisquer desejos, interesses ou condições particulares, ou seja, é tudo aquilo que é imprescindível para qualquer pessoa, seja qual for seu status social (ZIMMERLING, 1990, p. 41; RAWLS, 2002, p. 97-98)

Assim, os direitos fundamentais que não fazem parte do núcleo do "mínimo existencial" permitem ao Estado reivindicar a cláusula da reserva do possível, uma vez que apenas a privação desses direitos considerados indispensáveis para a manutenção de uma existência decente pode impor limites à reivindicação da falta de recursos.

E exatamente para proteger o cidadão de bem dessa alegação indiscriminada por parte do Estado que se começou a utilizar a tese do mínimo existencial, para sobretudo salvaguardar uma esfera última de direitos relacionado ao chamado o núcleo duro dos direitos fundamentais, direitos estes contra os quais nenhuma tese de insuficiência financeira estatal e nenhuma tese de insuficiência orçamentária estatal poderá ser alegada.

4 ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Algumas das contribuições do pensamento humano permearam a formação do princípio da dignidade da pessoa humana, antes deste ser acolhido pelo Estado Democrático de Direito, enquanto princípio fundamental.

A doutrina majoritária acastela que o ponto característico dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana e de acordo com o referido pensamento, vale asseverar prontamente que os direitos fundamentais possuem lastro neste princípio.

Bonavides (2006, p. 560), ao se referir ao tema, nos propõe à discussão nos seguintes termos:

Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Foi em razão dos absurdos praticados pelo regime do totalitarismo contra o ser humano, especialmente no nazismo, que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento do Estado Democrático de Direito onde o Estado totalitário voltou-se contra milhões de seres humanos, principalmente os judeus na Alemanha, com agentes alemães praticando tamanha violência nos campos de concentração que, ao final da II Guerra Mundial (1939-45), mesmo sem lei penal anterior aos fatos, muitos deles foram julgados e condenados, em Nuremberg, pelos seus crimes contra a humanidade.

Abordar a temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais parece ser inequivocamente versar sobre os direitos dos cidadãos, enquanto pertencentes a uma sociedade estatal, surgidos a partir da civilização, bem nos primórdios da história do sujeito.

Todavia, há que se averiguar a priori somente os direitos sociais essenciais ao cidadão que necessita da ação efetiva do Estado e as possibilidades de oferta dos mesmos a partir da dependência de uma economia estatal. Eles (direitos sociais) se encaixam perfeitamente na metodologia dos direitos fundamentais.

No que se refere a classificação dos direitos fundamentais, as expressões “geração” ou “dimensão” possuem diferenças, no entendimento de Filho, conforme explica-se:

Ao invés de gerações é melhor se falar em dimensões de direitos fundamentais, neste contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mas importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realiza-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se igualmente sua função ambiental.”

Quanto a essas terminologias, Bonavides (2006, p. 571) também defende essa distinção, conforme se vê:

O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa o termo geração, caso este último venha apenas a induzir sucessão cronológica e portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão têm fundamento na igualdade, liberdade e fraternidade, o que de certa forma obriga aos Estados, União e Municípios cumpri-los.

Portanto, esses direitos de segunda geração buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais e obrigam a prestações positivas por parte do Estado na realização da justiça social, como por exemplo, educação de qualidade, saúde, lazer, moradia, dentre outros.

A corroborar o tema, Bonavides (2006, p. 564) ensina que:

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Por exigirem do Estado prestações positivas e políticas, aliás, muitas delas até impossíveis de serem cumpridas, os direitos de segunda geração permaneceram por um longo período na esfera programática, sendo reconhecidos apenas como diretrizes ou programas a serem atingidos.

Conforme salienta Bonavides (2003, p. 115), esses direitos fundamentais:

[...] atravessaram a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata”, portanto, são direitos que não podem ter sua eficácia negada simplesmente por tratar-se de norma programática. As pessoas têm entrado na Justiça para assegurar o cumprimento deles, essencialmente os mais necessitados e não apenas no setor de saúde, mas, principalmente para atendimento de suas reivindicações de justiça social.

Os direitos humanos atendem a uma amplitude de termo que levam a conclusões que podem chegar a prejudicar o seu real significado e dificultar o reconhecimento e a proteção dos mesmos.

Há entendimentos de que os direitos humanos são frutos da qualidade da pessoa humana por pertencer a essa espécie e a nenhuma outra, o que pode restringir o seu significado, pois embora se entenda como verdadeira esta afirmação, ela elimina os direitos decorrentes da evolução histórica, social, político e econômica que a civilização humana tem passado.

Corre-se o risco de não considerar os direitos originários das transformações pelas quais a humanidade passou e vem passando, evitando assim o seu reconhecimento e sua proteção.

Já os direitos fundamentais surgem a partir da positivação por um ordenamento jurídico específico, geralmente garantidos em normas constitucionais frente a um Estado, englobando os direitos sociais e os direitos econômicos, objetivando as melhores condições de vida para todos, conforme já relacionado. Tais direitos têm aplicabilidade imediata, já que atendem a uma parcela de habitantes que necessitam deles.

O princípio da reserva do possível é um instituto jurídico que limita a pretensão do indivíduo a uma necessidade política de obrigação do Estado, em conformidade com as possibilidades econômicas deste. O cidadão possui vários direitos sociais de obrigação de garantia do Estado, sobretudo no sentido de assegurar um mínimo de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, no dizer de Torres (1989, p. 29), “a dignidade da pessoa humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

É na concretização judicial dos direitos fundamentais que a doutrina revela sua importância devido ao maciço entendimento, arraigado em nossa sociedade, de que os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) têm alto custo e os direitos de primeira geração (individuais) são gratuitos.

Neste sentido, Scaff (2005, p. 112) observa que:

Para assegurar o “mínimo existencial” no âmbito positivo (status positivus libertatis), é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da sociedade será excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade.

Esse argumento é capcioso, é ideológico, pois a implementação de quaisquer direitos demanda a disposição de valores dos cofres públicos, independentemente de sua categoria.

A exemplo disso temos o dispêndio do dinheiro estatal para a garantia do direito à segurança pública ou no aporte de verba pública para a prevenção e combate ao crime, em respeito ao direito individual à vida.

Dessa forma, os administradores públicos priorizam a razoável garantia de direitos apenas daqueles que possam valer de moeda de troca, a considerar o pleito eleitoral a cada quatro anos, período em que os governantes e seus aliados são eleitos, ao que parece.

4.1 O direito a saúde e a vida

A CR/88, no seu artigo 5º, *caput*, diz que todos são iguais e no artigo seguinte temos que todos têm direito à saúde, ou seja, independente de nacionalidade, classe social, raça, religião, etc. todos têm o direito à saúde:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

As Constituições brasileiras anteriores à atual não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que elas traziam regulamentos tratando dessa temática, sobretudo com o propósito de definir competências legislativas e administrativas. Porém, a CR/88 foi a pioneira em tratar e dar a devida importância à

saúde, considerando-a como direito social-fundamental, em consonância às principais declarações internacionais de direitos humanos.

D'outra banda, Paula (2013, p. 19) nos ensina que:

Ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Além disso, a CR/88 prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.” Ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito, está por certo, protegendo também, a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao conceito do termo saúde, ainda hoje não existe uma definição pacífica sobre o que efetivamente é a saúde. A medicina, hoje, genericamente conceitua saúde como “condição em que todas as funções do organismo estão normalmente ativas” (CLAYTON; THOMAS, 2000, p. 1583).

Na esfera do direito, Silva (2008, p. 45), conceitua saúde como:

Um direito social do cidadão, sendo um sistema que atua em rede interfederativa, com gestão compartilhada entre os entes públicos, com planejamento integrado e financiamento tripartite, atuando dentro do ambiente comunitário do cidadão, seguindo princípios e diretrizes pré-determinados.

Neste sentido, a autora entende saúde como “direito fundamental do cidadão deve ser promovido dentro da comunidade, respeitando particularidades e ambiente cultural no qual o indivíduo está inserido.” Para ela a medicina deve ser uma prática técnica social. (DONNANGELO, 1979, p. 37)

Após a promulgação da Constituição Cidadã, foi criada a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. Ela surgiu primordialmente com o objetivo de efetivar o Direito Constitucional à Saúde a partir de um Sistema Único de Saúde (SUS), definindo em seu primeiro: “Em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado. (BRASIL, 1990).”

A referida lei contempla o fundamento constitucional ao prever no artigo 2º que a “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo artigo nos diz que:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Nessa linha de pensamento, destaca Silva (2005, p. 54) que:

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

No Brasil, a saúde encontra-se hoje presente na CR/88 como um direito fundamental social, e por causa disso, devida a sua especificidade e aplicação imediata, não pode o Estado abster-se de prover este direito aos cidadãos, sob pena de ferir de morte o principal direito de todos, qual seja, o direito a vida.

No dizer de Paula (2013, p. 18):

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

De mais a mais, verifica-se que o legislador inseriu no ordenamento, de forma abrangente, a preocupação em diminuir riscos à saúde da pessoa, conforme reza em seu art. 196, *caput*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Já segundo Mendes (2003, p. 11), saúde seria:

Condição em que um indivíduo ou grupo de indivíduos é capaz de realizar suas aspirações, satisfazer suas necessidades e mudar ou enfrentar o

ambiente [...]. É um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para tratar com tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais; com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde da seguinte maneira: “é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não ausência de doença.”

Diante da atual e enraizada crise que assola todo o país, muitos são os cidadãos que demandam do Estado as prestações materiais do direito pelo inegável conteúdo econômico, que resulta por influenciar essa obrigação efetiva. Assim, resta-nos analisar a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Conseqüentemente, a definição das políticas públicas em atenção às limitações decorrentes da reserva do possível tem um foro de decisão também diversificado e conta com a participação direta de representantes da população por meio das Conferências de Saúde – fato que impõe maior cuidado à intervenção judicial nesses casos. Incapaz não admitir que a reserva do financeiramente possível, igualmente, traz conseqüências nada calculáveis e positivas quanto à decisão concreta sobre o tratamento de saúde exigível.

4.2 A judicialização da saúde

É inegável o conhecimento dos direitos fundamentais em relação aos indivíduos pertencentes a uma sociedade: dignidade, que pressupõe a concretização de uma educação de qualidade, alimentação adequada (pode-se dizer assim) e saúde – porque desses direitos sociais dependem de o ser humano alcançar os outros direitos de primeira e terceira dimensões, já elencados anteriormente em breves textos.

O que se discute, porém, é a sua aplicabilidade normativa. Eles estão positivados em normas de eficácia limitada dos demais direitos e em sua maioria não adentram as normas infraconstitucionais.

Todas as normas constitucionais possuem efeitos. Os direitos fundamentais detêm posição de destaque na constituição. Nenhum direito fundamental é absoluto, inclusive os de eficácia plena.

Infelizmente, apesar do mandamento Constitucional de caráter programático, o direito à saúde se esbarra na carência de recursos públicos e na escolha de prioridades do administrador.

Em referência ao tema, Gilmar Mendes (2007, p. 41) defende que:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em direito subjetivo público a prestações positivas em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

Além disso, a falta de recursos no âmbito da saúde e a estreita relação existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje em dia mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver acolhida sua necessidade, através de ações que vão desde aquelas visando à realização de exames, cirurgias diversas, o fornecimento de remédios e demais tratamentos.

Neste diapasão, cumpre ressaltar o conceito de judicialização, na visão de Barroso (2009, p.34):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

É de conhecimento de todos que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, sendo resultado de uma longa evolução na concepção não apenas de um direito, mas da própria ideia do que seja qualidade de vida.

Neste sentido, Maués (2009, p. 78) discorre sobre a intervenção judicial:

Mais recentemente, o STF vem temperando essa jurisprudência ao reconhecer o papel central dos demais poderes na formulação de políticas públicas. Sem abandonar a caracterização da saúde como direito fundamental, o Tribunal admite que seu cumprimento judicial é excepcional e dar-se-á em casos de abusiva inação do poder público diante do mínimo existencial. Por exemplo, na decisão monocrática da ADPF nº. 45, o Min. Celso de Mello asseverou: É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] Tal incumbência, no entanto, embora com bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de

conteúdo programático [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do endividado, aí, então, justificar-se-á como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Por conseguinte, o Poder Judiciário vem promovendo a formulação de políticas públicas por meio das decisões que obrigam o Poder Executivo a atender a pretensão do litigante, seja fornecendo-lhe os medicamentos solicitados, seja oportunizando a realização de exames, cirurgias e tratamentos.

Acerca do assunto, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) se manifestou conforme vemos a seguir:

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, reconhecendo-se o sujeito como detentor do direito e o Estado o seu devedor, pressupondo o art. 196 da CF a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação. O dever de assistência à saúde dos cidadãos surge como uma das formas de garantia do direito à vida, localizado no caput do art. 5º da CF, caracterizando-se, pois, como cláusula pétrea, de modo a impedir que o legislador, assim como o administrador, criem situações que impliquem esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional. Para além da estreita relação com o direito à vida, o direito à assistência à saúde possui intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se conclui que qualquer previsão legal, bem como quaisquer atitudes tomadas pelo Poder Público que provoquem o esvaziamento do direito à vida, trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição. À unanimidade de votos, negou-se provimento do presente recurso, mantendo-se os termos da decisão monocrática. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PERNAMBUCO, 2012).

Assim, caso o Estado não possa oportunizar diretamente um tratamento ou, quando um procedimento não é assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado na legislação, deve, com base no princípio da isonomia, à Administração Pública, por meio da aplicação de critérios médico-científicos (através de laudos médicos e exames), promover e financiar cuidados essenciais por outros

meios, sempre com o objetivo de garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária inerente à política nacional de saúde.

Quando se fala em judicialização da saúde, podemos desde já perceber que existem algumas leis que garantem os direitos de saúde a todas as pessoas. E, notadamente, a legislação deve e está embasada, amparada, pela nossa Constituição Federal, que é a Lei maior.

Ao tratar do assunto, Barroso (2009) afirmou que:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critério se de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Certo é que as disposições não são normas meramente programáticas, isto é sem força vinculante. Por se tratar de um direito fundamental, o princípio da aplicabilidade imediata é medida que se impõe.

Neste diapasão o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento de que:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

Embora se faça incontroversa a possibilidade de pleitear medidas de efetividade do direito à saúde de maneira individual, devido à sua ligação com os direitos individuais fundamentais, nunca se pode deixar de observar que este é um direito social, logo, deve-se sempre considerar o princípio da equidade e da proporcionalidade, para que o direito à saúde atinja seu principal objetivo, que é o de reduzir as desigualdades sociais e promover a justiça social.

O princípio da proporcionalidade, é bem verdade, é um princípio que não está expresso no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, é uma consagração da chamada doutrina do neoconstitucionalismo, onde são consagradas as dimensões dos Direitos Fundamentais.

Tal Princípio é o meio utilizado na proteção dos direitos fundamentais e na garantia Constitucional, servindo de parâmetro para saber se determinada medida é proporcional e adequada a determinado fato, impondo, especialmente ao legislador, a obediência de critérios na elaboração das normas, para que as mesmas se adequem a estrutura legal pátria.

De acordo com Lenza (2008, p. 75)

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Na esfera de proteção dos direitos fundamentais, ele é usado na análise das restrições que são impostas na esfera individual dos cidadãos frente ao Estado, ou seja, resguarda o indivíduo contra intervenções estatais abusivas ou que causem danos superiores a necessária proteção dos interesses públicos ou coletivos.

E a nossa CR/88 define explicitamente que o direito à saúde é de todos. Define ainda que ela é dever de todos, isto é, da União, dos Estados, dos Municípios e de nós mesmos, afinal de contas, todos somos responsáveis pela nossa própria saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ora analisado é revestido de muita polêmica e requer ainda muita discussão, sobretudo a respeito do dever do Estado em garantir o direito fundamental à saúde em face ao princípio da reserva do possível, onde o ente estatal faz aquilo que está à sua medida para concretizar o direito.

O objetivo deste trabalho não foi esgotar o tema, mas de alguma forma fomentar o assunto, principalmente para que surjam outras abordagens e pesquisas a respeito. Na verdade, sabemos que todos os direitos deveria ter aplicabilidade imediata, seja no caso dos direitos humanos internacionais, seja no caso os direitos fundamentais, nos termos de nossa constituição.

No entanto, o que tem acontecido na realidade é que as pessoas que têm o direito de exercer efetivamente os direitos, porém não vem ocorrendo de forma eficiente em função de diversas razões. A reserva do possível vem sendo sempre mencionada no sentido de que são inúmeras as necessidades dos brasileiros e quase sempre são escassos os recursos para suprir as carências.

Infelizmente, existe uma deficiência muito grande do Estado em cumprir e fazer cumprir o direito à saúde e, com isso, torna-se inevitável a intervenção judicial, o que faz submetê-lo a garantir nesta perspectiva a assistência à saúde de forma integral.

Por conseguinte, o poder judiciário está sobrecarregado de reiterados processos judiciais de alegações referente ao princípio da reserva do possível, envolvendo o Estado e seus principais argumentos, a que vem se valendo e se beneficiando à custa dos cidadãos, que acabam por ser partes vencidas na demanda.

Todavia, para tanto, a reserva do possível não pode ser invocada de forma irresponsável, já que a impossibilidade financeira alegada pelo ente estatal deve ser devidamente comprovada. Além disso, a cidadania e os direitos humanos não podem ser garantidos apenas para alguns, mas para todos os cidadãos. No que se refere ao direito à saúde, em outros termos, não pode haver serviços de qualidade somente para ricos, mas para todos de forma igualitária.

A Constituição é a lei principal, situada acima das outras regras, sendo poder supremo, com força capaz de dar estrutura e lançar os fundamentos políticos, sociais e jurídicos do Estado.

O grande problema, porém, é que a reserva do possível foi pensada para ser instituto excepcional do nosso ordenamento e ao contrário disso, de exceção virou regra.

Desse modo, diante da inércia do ente estatal, o Poder Judiciário deve determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade, da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública, por exemplo.

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, não pode está condicionado apenas às possibilidades financeiras dos cofres públicos, já que, comumente, não há recursos disponíveis para suprir as demandas sociais existentes, principalmente em função de malversação de recursos no serviço público e, ainda, políticas públicas ineficazes.

A corrupção política enraizada desde os tempos do descobrimento faz piorar e muito o cenário, pois em meio a esses extremos temos um país carente de efetividade de direitos. Dessa forma, a reserva do possível não pode ser invocada pelo executivo, por exemplo, para deixar de cumprir suas obrigações sociais pela simples desculpa de limitação de recursos financeiros diante das necessidades ao cidadão, a serem supridas pela sua própria gestão.

O princípio do mínimo existencial surge nessa seara e tem sido invocado, em contraponto, mesmo diante de um quadro de falta de recursos. Nesses casos, o poder público deve garantir um mínimo necessário para existência mínima da população.

Diante da atual e enraizada crise que assola todo o país, muitos são os cidadãos que demandam do Estado as prestações materiais do direito pelo inegável conteúdo econômico, que resulta por influenciar essa obrigação efetiva.

Assim, os direitos fundamentais que não fazem parte do núcleo do "mínimo existencial" permitem ao Estado reivindicar a cláusula da reserva do possível, uma vez que apenas a privação desses direitos considerados indispensáveis para a manutenção de uma existência decente pode impor limites à reivindicação da falta de recursos. Felizmente, o cidadão hoje em dia está mais consciente de seus direitos e vem buscando cada vez mais a tutela jurisdicional para ver acolhida sua necessidade à falta de recursos, devido a estreita relação existente entre o direito à vida e o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos? - Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 27 set 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: www.oab.org.br/editora/users/revista. Acesso em: 20 out 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. *O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out 2017.

BRASIL. TRATADO. *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. Mandado de Segurança nº MS 208219-PE/2013. Relator: Eduardo Augusto Paura Peres. 2º grupo de Câmaras Cíveis. Publicação 109. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 set 2017.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. – AG 0013102-27.2012.8. 17.0000 – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Luiz Carlos Figueiredo – DJe 30.07.2012). Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Amapá*. Agravo nº RE 642536 AP. Relator: Luiz Fux. Primeira Turma. Acórdão eletrônico DJe-038, divulgado em 26/02/2013, publicado em 27/02/2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. STF. ARE 639.337, AgR. Rel.(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, DJE de 15-09-2011. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL, STF. ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 25 out 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLAYTON, L.; THOMAS, M.D. *Dicionário médico enciclopédico*. 17. ed. São Paulo: Manole, 2000.

DONNANGELO, Cecilia. *Saúde e Sociedade*. São Paulo, Duas Cidades, 1979.

FILHO. Willis Santiago Guerra. *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf> - acesso em 04 set 2017.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos Direitos Humanos*. 2. ed. Aparecida: Editora Santuário. 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA Fernando Gomes Correia; MELO Viviane Carvalho de. O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46 . Acesso em: 04 set.2017.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. 2008. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em: 09 out. 2017.

MAUÉS, Antônio Moreira. *Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. Eficácia dos Direitos Sociais*. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão*. Trad. Leonardo Martins et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, René. *Patologia do trabalho*. 2. ed. Atual e ampliada. São Paulo: Atheneu, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Renovar, 2003.

NETTO, Chade Rezek. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos e Cruz Editora, 2004. 85 p.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 04 set 2017.

PAULA, Alaíde Maria de. *Judicialização do direito Constitucional à saúde: impactos das decisões judiciais no orçamento público / Juíza de Direito do Estado do Amapá*. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

PORTELLA, Simone de Sá. *Considerações sobre o Conceito de Mínimo Existencial*. WebArtigos, 2007. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/consideraccedil-otilde-es-sobre-o-conceito-de-m-iacute-nimo-existencial/2400>> Acesso em: 04 set 2017.

REIS, Wanderlei José dos. O Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Vital e a Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. *In Revista Jurídica CONSULEX*, Ano XVI, nº 370, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SWARTZ, Aaron Hillel apud AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Mary Aparecida Ferreira da. *Métodos e técnicas de pesquisa*. 2 ed. Curitiba: Ibpex, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. Revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, publicada em 10.8.2005). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Silvio Fernandes. *Redes de Atenção à saúde no SUS: o pacto pela saúde e redes regionalizadas de ações de serviços de saúde*. São Paulo: IDISA/CONASEM, 2008.

SOUSA JUNIOR, Ariolino Neres. *Vinte anos de promulgação da Constituição de 1988: Mudanças e Permanências no Cotidiano da Sociedade Brasileira*. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1306>. Acesso em: 04 nov 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, ano 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lôbo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária em Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZIMMERLING, Ruth. *Necessidades básicas e relativismo moral*. Doxa, Alicante, 1990.