



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDNA APARECIDA DA SILVA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A CLÁUSULA DA
RESERVA DO POSSÍVEL**

BARBACENA

2014

EDNA APARECIDA DA SILVA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A CLÁUSULA DA
RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho

BARBACENA

2014

EDNA APARECIDA DA SILVA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A CLÁUSULA DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Ana Cristina Silva Iatarola
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ____/____/____

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu orientador, Professor Edson Gonçalves Tenório Filho, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos professores Ana Cristina Silva Iatarola e Rafael Francisco de Oliveira, componentes da banca examinadora, pelas importantes observações apresentadas.

À minha família e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

*“Dai-me Senhor, a perseverança das ondas do
mar, que fazem de cada recuo um ponto de
partida para um novo avanço.”*

Gabriela Mistral

RESUMO

Disserta-se sobre o direito fundamental à saúde e a cláusula da reserva do possível. O objeto da pesquisa é a análise da reserva do possível usada pelo Poder Público, como óbice à implementação do direito fundamental à saúde assegurado a todos os cidadãos, na ordem constitucional vigente. Através da análise pormenorizada de diversos textos doutrinários, bem como da jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em estudo, verificar-se-á que em se tratando da efetivação das normas constitucionais atinentes ao direito fundamental à saúde, o Poder Público através de seus agentes, utilizam-se da reserva do possível como justificativa para não cumprir o comando constitucional assecuratório do direito à saúde. Verificar-se-á, inclusive, que o direito à saúde é classificado doutrinariamente como direito fundamental de segunda geração ou dimensão e que sua efetivação depende da existência de recursos orçamentários. A denominada cláusula da reserva do possível diz respeito à possibilidade das limitações de ordem econômica afetarem a satisfação dos direitos sociais. Com tal cláusula, o Poder Público condiciona a efetivação de tais direitos à existência de condições econômicas para sua concretização. Constata-se que parte da doutrina acolhe a tese da reserva do possível e ou parte, mais numerosa, entende que o Poder Público não pode justificar-se na reserva do possível para se escusar do dever constitucional de efetivar as normas constitucionais instituidoras dos direitos fundamentais, tal como o direito à saúde. Confirmando esta segunda posição, consolidou-se entendimento jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal, de maneira que a reserva do possível deverá estar escudada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, posto que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, apesar de haver entendimento em sentido contrário. O direito à saúde foi elevado a direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, importando em dever inarredável do Estado Democrático brasileiro e a invocação do princípio da reserva do possível, desacompanhada de qualquer elemento concreto capaz de evidenciar a limitação financeira dos entes públicos, não pode servir como justificativa para a não efetivação da norma fundamental garantidora do direito à saúde. O princípio da reserva do possível reduz o conteúdo dos direitos fundamentais, não podendo ser admitido, pois o direito à saúde está englobado na ideia de mínimo existencial e o seu descumprimento implica em atentado à dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: Direito fundamental. Reserva do possível. Direito à saúde. Mínimo Existencial. Prestações positivas.

ABSTRAC

Dissertation is about the fundamental right to health and the reserve clause as possible. The object of the research is the analysis of reserve for use by the Government, as an obstacle to the implementation of the fundamental right to health guaranteed to all citizens, the current constitutional order. Through detailed analysis of various doctrinal texts, as well as updated case law of the Supreme Court on the subject under study, shall be verified that in the case relating to the settlement of the fundamental constitutional right to health standards, the Government through their agents, they use the reserve as possible as justification for not fulfilling the constitutional command which guarantees the right to health. Will occur-even the right to health is rated as a fundamental right doctrinally or second generation dimension and that its effectiveness depends on the existence of budgetary resources. The so-called reserve clause of the possible concerns the possibility of an economic limitations affect the satisfaction of social rights. With such a clause, the Government limits the effectiveness of such rights to the existence of economic conditions for their realization. It appears that part of the doctrine accepts the thesis of booking or part of the possible and more numerous, believes that the Government cannot be justified in reserve as possible to be excused from the constitutional duty to effectuate instituting constitutional standards of fundamental rights as the right to health. Confirming this second position was consolidated legal understanding with the Federal Supreme Court, so that the reserve should be shielded as possible the principles of proportionality and reasonableness, since the constitutional provisions dealing with fundamental rights have immediate applicability, although be understanding to the contrary. The right to health was elevated to fundamental social rights in the Federal Constitution of 1988, in unswerving duty regardless of the Brazilian Democratic State and the invocation of the principle of booking possible, unaccompanied by any specific evidence capable of demonstrating the financial limitation of public entities, not can serve as a justification for not effective guarantor of fundamental norm of the right to health. The principle of reserve for reducing the content of fundamental rights, cannot be accepted as the right to health is encompassed in the idea of existential minimum and disrespecting implies affront to human dignity.

KEYWORDS: fundamental law. Reservation possible. Right to health. Existential min. Positive benefits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 Direitos fundamentais de primeira geração	11
2.2 Direitos fundamentais de segunda geração.....	12
2.3 Direitos fundamentais de terceira geração	12
2.4 Direitos fundamentais de quarta geração.....	13
3 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.....	15
3.1 Direito social fundamental à saúde	18
4 MÍNIMO EXISTENCIAL.....	19
5 CUSTEIO DA SAÚDE NO BRASIL.....	23
6. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
6.1 O princípio da reserva do possível.....	25
6.2 Reserva do possível em confronto com a razoabilidade e a proporcionalidade.....	27
6.3 A reserva do possível na saúde.....	27
6.4 Direito à saúde e insuficiência de recursos.....	28
6.5 Atuação do Judiciário ante a inércia do Poder Público.....	30
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

Com este estudo pretende-se analisar tema recorrente na doutrina e jurisprudência pátrias, qual seja, a implementação do direito fundamental à saúde em confronto com a cláusula da reserva do possível como óbice à sua plena efetivação. Sabe-se que são frequentes as demandas judiciais envolvendo a prestação de serviços de saúde, como a liberação e concessão de medicamentos e tratamento médico-hospitalar, nas quais o Estado geralmente se defende alegando falta de recursos orçamentários, não obstante a saúde constitua direito fundamental de todo cidadão e dever do Estado assegurado pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

O tema é relevante porque são frequentes as demandas judiciais nas quais se pleiteia serviços de saúde, cuja prestação é dever do Estado, que não os presta espontaneamente aos que deles necessitam, os quais se vêm forçados a ingressar em juízo em busca das prestações positivas necessárias à saúde, obtendo-as muitas vezes através de liminares.

Porém, não raras vezes os administradores públicos se valem da denominada cláusula da reserva do possível para não atenderem às demandas da população, e, com base nesse argumento, a escassez de recursos, deixam de providenciar a efetiva implementação do direito fundamental à saúde.

A cláusula da reserva do possível se refere à possibilidade de as limitações de ordem econômica afetarem a implementação de alguns direitos, sobretudo os sociais prestacionais, de sorte que baseado nessa cláusula o Poder Público condiciona a efetivação de tais direitos à existência de condições econômicas favoráveis à sua concretização.

A análise do tema se justifica porque muitos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 ainda não foram implementados ao argumento estatal de falta de recursos financeiros. Por isso, neste estudo pretende-se provar o descabimento da incidência da cláusula da reserva do possível quando se trata da efetivação do direito fundamental à saúde constitucionalmente assegurado a todos.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de estudos bibliográficos e jurisprudenciais, com ênfase à posição do Supremo Tribunal Federal, onde a cláusula da reserva do possível foi enfrentada por aquela Corte Constitucional por ocasião do julgamento de recursos ligados a decisões relacionadas ao direito fundamental à saúde, consubstanciados no fornecimento de medicamentos e tratamento médico por parte do Estado.

Constatou-se que a efetivação dos direitos sociais requer o dispêndio de recursos financeiros e que o cumprimento de decisões judiciais que tutelam o direito à saúde obriga o Estado muitas vezes a utilizar recursos em prejuízo de outros direitos fundamentais, o que leva o Poder Público a realizar escolhas baseadas no princípio da seletividade para eleger os serviços de saúde que serão prestados à população.

A partir dessa constatação alguns doutrinadores entendem que há um limite à exigibilidade judicial dos direitos sociais, calcado na capacidade econômica do Estado ou, em outros termos, de cobertura financeira e orçamentária, situação que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário em suas decisões.

Outros estudiosos rechaçam a aplicação da reserva do possível por entenderem que a omissão do Estado no cumprimento das normas previstas no texto constitucional caracteriza-se como comportamento revestido de gravidade político-jurídica, vez que a inércia do Poder Público também constitui desrespeito à Constituição. Afirmam, contudo, que a alegação de falta de orçamento desvestida de proporcionalidade e razoabilidade não deve resultar em ineficácia dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Enfim, busca-se com esta pesquisa analisar, por diversos prismas, em que medida a Administração Pública pode obstaculizar a prestação dos direitos fundamentais, apresentando como justificativa o princípio de reserva do possível.

Dessa forma, como objetivo geral da pesquisa, pretende-se examinar a base jurídica da chamada cláusula da reserva do possível como óbice à implementação do direito à saúde por parte do Poder Público.

Nessa ordem, no primeiro capítulo será analisada a classificação dos direitos fundamentais. No segundo, será evidenciado o estudo dos direitos sociais fundamentais. No terceiro será estudada a questão atinente ao mínimo existencial e suas implicações na garantia do direito à saúde. No quarto capítulo serão feitas ponderações sobre o custeio da saúde no Brasil, com ênfase no sistema de saúde no Brasil, desde a sua previsão constitucional até o seu disciplinamento pela Lei nº 8.080, de 19/09/1990, a Lei Orgânica da Saúde, bem como a aplicabilidade dos direitos fundamentais ligados à saúde. No quinto e último capítulo aprofundar-se-á o estudo da cláusula de reserva do possível como óbice à implementação dos direitos fundamentais à luz do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Schäfer (2013, p. 21), “o estudo da evolução dos direitos fundamentais confunde-se com a própria história do Estado de Direito.” Para o citado autor, a classificação doutrinária dos direitos fundamentais utiliza a evolução histórica como elemento essencial à caracterização e individualização desses direitos, considerando-se a progressiva afirmação da respectiva juridicidade, pois essa categoria de direito é obra da civilização e pressupõe a existência de uma forma política – o Estado – que ordene a sociedade e assegure as suas condições de validade e exercício, consoante as exigências dos tempos.

Amparado nessas razões, Schäfer (2013, p. 22) constata que os direitos fundamentais têm tríplice classificação: a) direitos de primeira geração; b) direitos de segunda geração; c) direitos de terceira geração, e, nesta concepção, aponta três elementos essenciais: 1) a relação Estado *versus* cidadão; 2) a concepção política de Estado; 3) a espécie de direito considerado (individual, coletivo ou difuso):

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito. (SCHÄFER, 2013, p.23)

Ainda sob esta perspectiva, Schäfer (2013, p. 23-29) considera três categorias, assim delineadas conceitualmente:

I) **Direitos individuais:** abrange aquela espécie de direito em que poderá ocorrer, de modo absoluto, a determinação do titular individual da posição jurídica. Ou seja, há perfeita identificação do sujeito bem como de sua relação com o seu direito. São os direitos tradicionalmente conhecidos e trabalhados pela doutrina jurídica, nos quais a proteção jurisdicional é facilitada justamente por haver a identificação precisa do titular do direito, o qual se movimenta juridicamente tão logo ocorra a lesão às suas pretensões. Subdividem-se em a) *direitos individuais simples* e b) *direitos individuais homogêneos*. A ligação entre os diversos titulares individuais a uma relação jurídica base (prevalência de questões de direito e de fato comuns) qualifica os direitos individuais homogêneos, recomendando, por razões de política judicial, a tutela coletiva de algumas das pretensões derivadas destas relações jurídicas. O direito à justa indenização pela perda definitiva da propriedade é exemplo de direito individual simples; no âmbito das relações consumeristas, o *recall* na indústria automobilística pode ser citado como exemplo de direito individual homogêneo [...].

II) **Direitos difusos:** são direitos transindividuais, nos quais se constata a indeterminação absoluta dos titulares, ou seja, não é possível identificar a titularidade individual para esta espécie de pretensão. São os *novos direitos*, relacionados estreitamente com a massificação da sociedade contemporânea, sendo que o exercício concreto dessa espécie de direito pressupõe o agir solidário, no momento em que não permite o seu exercício individual. São exemplos jurisprudenciais desta espécie de direito: meio ambiente equilibrado e sua proteção judicial; liberdade de expressão jornalística; segurança pública.

III) **Direitos coletivos:** trata-se de terceira categoria que se situa entre os direitos individuais e os direitos difusos, na qual se percebe indeterminação relativa entre o direito e seu titular individual, na medida em que, sendo direitos transindividuais, não possuem uma titularidade individual, mas se reportam a relação jurídica base que une diversos titulares. Ou seja, são os direitos de grupos sociais determinados e, nesta qualidade, somente podem ser exercidos coletivamente, sendo possível estabelecer relação entre o direito e o grupo a que pertence. Exemplos: grupo de profissionais que pertencem a certa ordem regulatória e questões ligadas à base territorial de categorias profissionais.

Ainda sobre as gerações dos direitos fundamentais traz-se à colação a seguinte lição de Placidina e Fachin¹:

Quanto à evolução dos direitos fundamentais, estes são tradicionalmente classificados pela doutrina em gerações, ou dimensões, conforme entendem alguns autores, revelando a ideia de cumulação dos direitos, e não substituição de direitos, tendo em vista que através das diversas dimensões, promove-se a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade, ou seja, a complementação dos direitos na esfera constitucional, ao longo dos anos.

2.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Preleciona Schäfer (2013, p. 30) que os direitos fundamentais nascem com marcada noção individualista e a liberdade individual mostra-se elemento essencial do próprio sistema constitucional, trabalhando como sua *forze motrici*.

É natural, segundo o citado autor, que as primeiras concepções formais de direitos tivessem por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado absolutista (*Leviatã*, na concepção clássica de Hobbes), pois a liberdade afigura-se como pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais.

Ainda segundo Schäfer (2013, p.31), o reconhecimento da existência de direitos irrenunciáveis quando do *contrato social* fez nascer nova relação entre sociedade civil e poder público, estabelecendo clara separação entre essas duas importantes estruturas sociais.

Assim, Schäfer (2013, p. 35) indica como elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de primeira geração:

Direito-chave: liberdade;
 Função do Estado: omissão;
 Eficácia vinculativa principal da norma: Estado;
 Espécie de direito tutelado: individual;
 Concepção política do Estado: liberal.

¹<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Conselheiro/anima4-zulmar-fachin-e-flavia-placidina.pdf>

Em resumo, “podem ser mencionados como direitos característicos da primeira geração: vida, liberdade e patrimônio” (SCHÄFER, 2013, p. 35).

2.2 Direitos fundamentais de segunda geração

A segunda dimensão, nas palavras de SARLET (2003 *apud* BARROSO, 2012, p. 2), pode ser considerada como uma densificação da justiça social, pautada na ideia de justiça distributiva, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, contrariando os princípios do Estado Liberal. Dessa forma, ainda nos dias de hoje são caracterizados por proporcionar ao indivíduo direito às prestações estatais, tais como o direito à educação, ao trabalho e à saúde, entre outros.

Os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de segunda geração, segundo Schäfer (2013, p. 35), são os seguintes:

- Direito-chave: igualdade;
- Função do Estado: promocional;
- Eficácia vinculativa principal da norma: Estado;
- Espécie de direito tutelado: individual, com marcados traços de homogeneidade, e alguns coletivos;
- Concepção política de Estado: Contemporâneo (Estado social).

Oportuno destacar o pensamento de JUNIOR² (2012, p. 5):

O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

2.3 Direitos fundamentais de terceira geração

A evolução da sociedade e a crescente complexidade das relações intersubjetivas, decorrente do pluralismo e das contradições da sociedade contemporânea, revelaram a inadequação da teoria tradicional dos direitos fundamentais, cujo paradigma exclusivo é a ética individualista e que está em colisão com sociedade, que exige macroética, segundo a qual as responsabilidades e relações se revelam essencialmente coletivas.

Os direitos e garantias individuais não mais podem ser apreciados a partir da esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade e suas consequências estão centradas na esfera do difuso, em que se mostra impossível a determinação específica das titularidades das pretensões: crimes da macrocriminalidade, invasão da privacidade por meio

².conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37839

da Internet, agressões ao meio ambiente, criminalidade organizada internacional, catástrofes nucleares etc.

Quanto à terceira dimensão, pode-se afirmar, com base no entendimento de Perez Luño e de Ingo Sarlet que seria uma resposta ao fenômeno conceituado como “poluição das liberdades”, ou seja, está intimamente ligada aos direitos de fraternidade e de solidariedade, transcendendo o indivíduo.

Segundo Schäfer (2013, p. 59), os seguintes elementos caracterizam os direitos fundamentais de terceira geração:

Direito-chave: fraternidade;
 Função do Estado: complexa (omissiva e promocional);
 Eficácia vinculativa da norma: Estado e cidadão;
 Espécie de direito tutelado: coletivo e difuso, com interligação com o direito individual.

A concepção geracional dos direitos fundamentais mereceu acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 30 de outubro de 1995.

Ao tratar dos direitos de terceira geração Schäfer (2013, p. 60) destaca que:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

2.4 Direitos fundamentais de quarta geração

Os direitos fundamentais de quarta geração, conforme entendimento doutrinário predominante, são representados pelos direitos das minorias, ou seja, novos direitos sociais decorrentes da evolução da sociedade e da globalização. Conforme lições de Paulo Bonavides (2004, p. 40) tratam-se de direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Segundo Machado e Mateus (2010, p. 3),

Tais direitos resultam da preocupação política que os avanços tecnológicos impõem ao meio social e que afetam as estruturas econômicas, culturais e jurídicas vigentes, envolvem questões relacionadas à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco.”

Embora ainda pouco explorado, alguns juristas defendem a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais. Nessa ordem, para Bonavides (2008, p. 583), a paz constitui um direito da quinta geração e a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento

universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tem-se afirmado, recentemente, a existência de uma sexta dimensão dos direitos fundamentais, consubstanciada no direito fundamental de acesso à água potável (Fachin e Silva, 2010).

Consoante lições de Placidina e Fachin³ (2009, p. 6-8)

Em razão dessa evolução, os direitos fundamentais estão, atualmente, cada vez mais presentes nos trabalhos internacionais, que se inserem no direito interno dos Estados, comprometendo-se perante a sociedade internacional, a melhorar as condições de vida do homem, respeitando seus direitos, independentemente de nacionalidade, raça ou religião, de maneira a dispor dessa tutela tendo em vista simplesmente sua condição humana.

No Brasil, os direitos fundamentais também foram, aos poucos, sendo implementado no regime constitucional, tornando-se, de certo modo, realidade para os cidadãos, como uma busca de justiça social no país. A Constituição Federal de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã, consolidou ao longo de seu texto a proteção a vários direitos e garantias fundamentais.

Por fim, destaque-se que enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio de igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam interesses de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem importante momento no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial da inexauribilidade.

Em suma, na tradicional classificação dos direitos humanos em gerações encontram-se os direitos de primeira geração (direitos individuais e políticos que privilegiam o valor liberdade), os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais, que procuram dar efetividade ao valor igualdade), e, finalmente, os direitos de terceira geração (direitos difusos e coletivos, que consagram o valor solidariedade).

³<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Conselheiro/anima4-zulmar-fachin-e-flavia-placidina.pdf>.

3 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Analisando os direitos sociais, Pessoa (2011)⁴ preleciona que:

Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva, assim diferentemente dos direitos a liberdade, se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo.

Tais direitos surgiram nos moldes atuais, em decorrência da Revolução Industrial no século XIX, que passa a substituir o homem pela máquina, gerando, como consequência o desemprego em massa, centuriões de misérias e grande excedente de mão-de-obra, tudo isso gerou evidentemente desigualdade social, fazendo com que o Estado se visse diante da necessidade de proteção ao trabalho e a outros direitos como: a saúde, a educação, ao lazer, entre outro.

Portanto, conforme Pessoa, os direitos sociais surgiram das consequências nefastas da Revolução Industrial do século XIX, que colocou as pessoas em evidente desigualdade social, havendo necessidade da intervenção do Estado para que fosse possível a garantia dos direitos sociais hoje estampados nas constituições modernas.

Prosseguindo na análise do tema, Pessoa (2011)⁵ aduz que os direitos sociais tiveram seu ápice com o marxismo e o socialismo revolucionário, que no século XX trouxeram uma nova concepção de divisão do trabalho e do capital, concluindo que os direitos sociais foram incorporados nos ordenamentos jurídicos modernos por uma questão política e não social, ou seja, para impedir que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

Acerca da Constituição Federal de 1988, veja-se a orientação de Pessoa (2011)⁶:

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 se refere de maneira bastante genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer entre outros. Partindo desse pressuposto os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos indivíduos, no entanto apesar de estarem interligados faz-se necessário ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais. Portanto os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais, são, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Consoante entendimento do citado autor, os direitos sociais, na sua grande maioria, dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada, pois dependem de iniciativa do próprio Estado para que se concretizem e deixem de ser apenas letra de lei sem qualquer utilidade prática.

⁴<http://www.ambito-juridico.com.br/89/junho/pg.01.pdf>

⁵ibidem

⁶ididem

Segundo Sarlet e Figueiredo (2008)⁷, em uma primeira constatação, ainda que superficial do texto constitucional, verifica-se que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais sociais, ainda que ligados a má técnica legislativa e sofrível sistematização.

Ainda de acordo com Sarlet e Figueiredo (2008)⁸,

[...] verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.

Para Pessoa (2011)⁹ a Constituição Federal de 1988 teve uma grande preocupação especial quanto aos direitos sociais do brasileiro, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem ao cidadão todo o básico necessário para a sua existência digna e para que tenha condições de trabalho e emprego ideais.

Na perspectiva do autor, a Carta Magna cuida do trabalho como direito social, vez que a classe trabalhadora que desempenha relevante papel na sociedade merece ter assegurados os seus direitos no rol dos direitos sociais previstos no texto maior.

Ainda segundo o autor, nem sempre deu-se ao trabalho a devida tutela estatal, sendo recentemente reconhecido como direito social. Nessa perspectiva, o desemprego seria uma inconstitucionalidade, circunstância em que o Estado deve dar amparo e assistência aos desempregados por meio da previdência social, conforme previsto no artigo 7º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988, e aos não empregados por meio de qualificação profissional e encaminhamento ao mercado laboral.

Também o lazer é considerado direito social assegurado no texto maior, pois uma vida saudável e digna requer que o indivíduo desfrute de lazer, constituído de atividades de escolha pessoal, com gratuidade e desinteresse senão na própria satisfação prazerosa e liberatória de obrigações.

⁷http://www.revistadoutrina.trf.jus.br/artigos/edição024/ingo_mariana.html/2008/jul.pg.02-03.pdf

⁸ibidem

⁹ibidem

Dessa forma, o dia destinado ao lazer, segundo a Constituição preferencialmente o domingo, não deve ser vendido pelo empregado ao empregador em busca de alguns trocados a mais, porque o descanso semanal remunerado não pertence ao empregado e muito menos ao empregador, por se tratar de um direito social, como assevera Pessoa (2011, p.4)¹⁰.

De outra quadra, a educação também é direito social fundamental previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que por isso consta do rol dos direitos humanos, sendo essencial e indispensável para o exercício pleno da cidadania.

Conforme Pessoa (2011, p. 5-6)¹¹, a educação é um dos mais importantes direitos sociais por ter objetivo de proporcionar à sociedade indivíduos capazes alavancar o desenvolvimento com seu trabalho e assim possam adquirir o mínimo necessário para a sua sobrevivência.

Por fim, no rol dos direitos sociais constantes da Constituição Federal, não se pode deixar de falar da saúde como um direito social, assunto que será objeto de capítulo próprio na presente pesquisa.

Nesse contexto, vale destacar que somente a partir do século XX, com o surgimento da Organização Mundial de Saúde, a saúde foi definida como o complexo do bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravo, bem como reconhecida como um direito fundamental de todo ser humano, independentemente de sua condição social ou econômica, crença religiosa ou política.

Pode-se afirmar que a saúde constitui uma incessante busca pelos equilíbrios entre influências ambientais, modo de vida e vários outros componentes.

O direito à saúde encontra-se previsto em vários dispositivos legais e constitucionais, valendo a pena mencionar os artigos 5º e 6º da Constituição e o artigo 3º da Lei nº 8.080/90, a qual faz menção à saúde como direito básico de todos.

Contudo, é no artigo 196 e seguintes que a saúde encontra sua sistematização em nível normativo-constitucional. Senão vejamos:

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

¹⁰http://www.revistadoutrina.trf.jus.br/artigos/edição024/ingo_mariana.html/2008/jul.pg.02-03.pdf

¹¹ibidem

Assim, o direito à saúde exige atitude promocional do Estado, consistente na prestação material para proteção da qualidade de vida, sua manutenção e recuperação, o que será objeto de tratamento em capítulo próprio.

3.1 Direito social fundamental à saúde

A saúde, direito de todos e dever do Estado, encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela estatal porque sua proteção é indissociável do próprio direito à vida.

Assim, o direito público subjetivo à saúde constitui prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos pelo artigo 196 da Constituição Federal, traduzindo bem jurídico cuja implementação compete ao Poder Público mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal¹², além de qualificar-se como direito fundamental de todas as pessoas, o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, de maneira que o Poder Público, qualquer que seja a esfera de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente à saúde da população, sob pena de incidir em censurável omissão e em grave comportamento inconstitucional.

Como tem veiculado a mídia nacional, o atendimento público ao direito fundamental à saúde passa por situação caótica, por negligência ou mesmo desinteresse do Poder Público, de modo que em grande número de casos é necessária a intervenção do Poder Judiciário para compelir o Poder Público a fornecer a prestação exigida para a salvaguarda da saúde, como o fornecimento dos medicamentos e de tratamentos médico-hospitalares.

Nesse embate, o Poder Público alega falta de recursos para o adequado atendimento à população, escudando-se no princípio da reserva do possível, esquecendo-se que as normas definidoras de direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são dotadas de aplicabilidade imediata.

Porém, modernamente tem-se entendido que a reserva do possível, consistente na omissão do Estado na prestação de serviço público em razão de limitação financeira, não pode constituir óbice à implementação da saúde, direito fundamental assegurado indistintamente a todos que se encontrem no território nacional pela Constituição Federal.

¹² (STA 175 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 Divulg. 29/04/2010. Public. 30/04/2010.)

4 O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial deve ser visto como a base e o alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental essencial decorrente da Constituição Federal que não necessita de Lei para sua obtenção, pois é inerente a todo ser humano, como preleciona Nascimento (2013, p. 1)¹³, para quem quando se fala em mínimo existencial é importante que se lembre do Título II da Constituição Federal, que trata das “Garantias e Direitos Fundamentais” e onde estão positivados os direitos fundamentais.

Dessa forma, a partir do momento em que se constata que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos disponíveis limitados, é necessário que se pondere e se selecione uma ordem de prioridades a serem fornecidas pelo Estado com vistas a atender aos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal.

A noção de mínimo existencial está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana, que deve ser resguardada por direitos sociais prestacionais. O mínimo existencial diz respeito à existência de garantias materiais que satisfaçam as condições mínimas de sobrevivência digna do indivíduo e de sua família.

Para Torres (1990, p.70)¹⁴, o direito às condições mínimas de existência humana digna, ainda que não tenha dicção normativa específica, está compreendida em diversos princípios constitucionais, entre eles o da liberdade, pois sem o mínimo existencial cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e, por consequência, desaparecem as condições ideais da liberdade.

Segundo Torres (1990, p.69)¹⁵:

[...] a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas *condições para o exercício da liberdade* ou até na *liberdade para* o fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (grifo do autor)

O mínimo existencial é violado quando se verifica a omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. Com efeito, as Constituições são criadas, segundo a doutrina, exatamente para esse fim, ou seja, preservar a dignidade da pessoa humana.

¹³<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>

¹⁴<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>

¹⁵Idem.

Dessa forma, tendo em vista a íntima relação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que aquele é o objetivo central de proteção de todo ordenamento constitucional, acima de quaisquer outros direitos, de modo a proporcionar bem-estar e condições dignas de vida. Nesse sentido, Sarlet (2010, p. 105-106) esclarece que:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se, de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. Nesta perspectiva, verifica-se ampla convergência a respeito da noção de que a dignidade da pessoa humana, designadamente como princípio fundamental estruturante (o que não exclui sua condição de regra), confere e assegura uma certa unidade axiológica ou unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais, o que, todavia, como bem aponta José de Melo Alexandrino, não afasta uma série de aspectos problemáticos, a começar pela ampla gama de conteúdos e dimensões que se atribui à noção de dignidade da pessoa humana em si, bem como na não necessidade linear e incontroversa relação entre a dignidade e os direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, Placidina e Fachin (2008, p. 21)¹⁶ orientam que o mínimo existencial deve ser cumprido como prioridade constitucional, deixando que as opções políticas se restrinjam à aplicação dos recursos públicos remanescentes, manifestando-se nestes termos:

Tendo em vista que o mínimo existencial refere-se às prioridades constitucionais, é certo que os direitos básicos prestacionais, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, possuem aplicabilidade imediata, sejam direitos fundamentais sociais ou não. Em contrapartida, ao que se refere aos direitos sociais não vinculados ao mínimo existencial, estes estarão condicionados às limitações decorrentes da escassez material de recursos (reserva do possível).

O professor Ricardo Lobo Torres (2000, p.181) conceitua o mínimo existencial a partir de uma contraposição entre este e os direitos sociais. Assim, segundo Torres, o direito a um mínimo existencial seria uma decorrência do Estado Democrático de Direito. Os direitos sociais sujeitam-se a pura discricionariedade do administrador público quando da formulação de políticas públicas, enquanto os direitos ao mínimo existencial seriam direitos subjetivos exigíveis pela via judicial. Para concretizar os direitos sociais, haveria o limite da saúde das finanças públicas, isto é, a judicialização dos direitos sociais não seria possível.

¹⁶ <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Conselheiro/anima4-zulmar-fachin-e-flavia-placidina.pdf>.

Por fim, cumpre esclarecer que o mínimo existencial se refere aos direitos relativos às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É o direito que visa a garantir condições mínimas de existência humana digna e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições à sua plena efetividade.

De outra quadra, os direitos abrangidos pelo mínimo existencial estão relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal, como o trabalho, salário mínimo, alimentação, vestimenta, lazer, educação, repouso, férias, água e luz, entre os quais se insere o direito à saúde. São direitos de segunda geração que possuem caráter programático, pois o Estado deve desenvolver programas para sua implementação.

Assim, o mínimo existencial abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para vida humana digna e, de tão importante, é consagrado pela doutrina como sendo o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Face ao crescente número de direitos fundamentais prestacionais, o Estado não dispõe de recursos financeiros para supri-los integralmente, e, nesse contexto, surge o princípio da reserva do possível, originário da Alemanha.

Analisando esse princípio, Nascimento (2013, p. 1) assevera que:

A reserva do possível pode ser chamada também de “reserva do financeiramente possível” ou ainda “reserva da consistência”. Nasceu na Alemanha, com o julgamento do caso “Numerus Clausus I”, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pois em 1960, face ao grande número de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras, foram impostos certos limites à quantidade de estudantes que ingressariam em determinados cursos universitários.

Mas, como o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã prevê que todo cidadão alemão tem o direito à livre escolha da profissão, os estudantes utilizaram esta argumentação. E, no julgamento, firmou-se o posicionamento de que o indivíduo somente poderá requerer do Estado prestação que seja no limite do razoável.

Hodiernamente, o Estado alega que dificilmente terá condições de promover um atendimento integral e eficiente para todos que dependam de seu suporte. Diariamente, o Estado mede esforços para aplicar nossa Lei Maior. Basta visitarmos um hospital público ou até mesmo analisarmos as famílias que vivem somente com 1 salário mínimo (previsto no artigo 7º, IV, da CF) por mês.

Dessa forma, quando o Estado se depara com um direito fundamental inserido no mínimo existencial, ele realiza somente o que está dentro de sua capacidade financeira. O Supremo Tribunal Federal¹⁷ entende que o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas relativas à

¹⁷ (STA 175 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 Divulg. 29/04/2010. Public. 30/04/2010.)

ordem social constitucional, não tendo discricionariiedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de sua efetivação, pois isso foi deliberado pelo Constituinte e pelo legislador das normas de integração do texto constitucional, de modo que eventual omissão de sua parte pode ensejar responsabilização, vez que sua margem de discricionariiedade é mínima e não contempla o não fazer.

5 CUSTEIO DA SAÚDE NO BRASIL

A Constituição Federal trata do direito à saúde em vários tópicos e dispositivos. No preâmbulo, destaca a obrigação do Estado Democrático de assegurar o exercício dos direitos sociais e o bem-estar de todos, expressão que certamente inclui o direito à saúde, repetida no artigo 193, que inaugura a Ordem Social.

No artigo 6º a Constituição inclui expressamente a saúde entre os direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ao versar sobre a ordem social, a qual inclui o direito à saúde, a Constituição definiu a saúde no artigo 196 como “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, e no artigo 197 qualificou o direito à saúde como de relevância pública, “[...] cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”, de maneira que sua efetivação constitui um dever inarredável do Estado.

Como forma de assegurar o direito à saúde, a Constituição prestigiou o princípio da solidariedade na formação do Sistema da Seguridade Social, constituído por três técnicas de proteção social, a previdência, a assistência e a saúde, determinando o seu financiamento por toda a sociedade, como se constata no artigo 194:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O parágrafo único do predito dispositivo atribui competência ao Poder Público, nos termos da lei, para organizar a seguridade social, com base nos objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento, e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Nesse contexto, no artigo 198 a Constituição prescreveu que as ações e serviços públicos de saúde integram um rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com algumas diretrizes arroladas em incisos e parágrafos, dentre os quais o sistema de financiamento da saúde. (GIACOVONI, 2012, p. 166)

Quanto aos recursos financeiros para assegurar o atendimento dos serviços públicos de saúde no Brasil, Giacoboni (2012, p. 167) preleciona que:

Acerca do custeio das ações e serviços de saúde, como registrado na doutrina acima, todos os atendimentos de competência da Seguridade Social devem ser financiados pelas contribuições a estas destinadas, conforme criação autorizada no art. 195 da Carta Magna, à União, bem como pela aplicação de recursos mínimos de cada ente federado, derivados da aplicação de percentuais sobre os tributos que a lei complementar indicar, no caso da União; e de percentuais que a mesma lei complementar indicar sobre os impostos a que se refere o art. 155 e os recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inc. I, alínea *a* e inc. I, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e finalmente, no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o percentual que aquela lei complementar indicar sobre o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inc. I, alínea *b* e § 3º.

Como se constata, o financiamento público da saúde acha-se totalmente disciplinado na Constituição, não havendo qualquer dúvida quanto à origem dos recursos custeá-lo.

Contudo, enquanto a lei complementar referida nos parágrafos 2º e 3º do artigo 198 não for editada, valem as regras temporárias prescritas no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

6 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Concretizar os direitos fundamentais é uma das principais atribuições deste nosso Estado Social Democrático de Direito, que deve atentar para o mandamento de que as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata (art. 5º, 1º, CF/88).

A efetivação do direito à saúde depende da existência de hospitais e postos públicos de saúde, da oferta e disponibilidade de leitos hospitalares, do fornecimento gratuito de exames e remédios, de profissionais aptos e suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde.

Porém, a efetivação desses direitos, em certa medida, está intimamente vinculada aos limites orçamentários e financeiros da União e demais entes da Federação aos quais a Carta Magna comete a função de assegurar o direito à saúde.

Diante disso, passou-se a sustentar a limitação dos direitos sociais a prestações positivas do Estado pelo princípio da reserva do possível, o qual, em síntese, permite que o Poder Público justifique a falta da implementação de direitos sociais prestacionais por falta de limites financeiros e orçamentários.

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de o Poder Público arguir a falta de recursos financeiros, a cláusula da reserva do possível, para justificar o descumprimento das normas constitucionais atinentes ao direito à saúde.

Sabe-se que o Estado não dispõe de meios nem de recursos para atender a todas as demandas que lhe são submetidas, mesmo aquelas a que está obrigado, como a saúde.

Nessa ordem, o argumento do Poder Público fundado no princípio da reserva do possível, que decorre da escassez de recursos para a efetivação do direito à saúde, pode ser acolhido? O princípio da reserva do possível sem outros elementos comprobatórios da limitação financeira do Poder Público, por si só, pode justificar a negativa de acesso aos serviços de saúde? Em que medida o Poder Público pode criar óbices à implementação dos direitos sociais prestacionais escudando-se no princípio da reserva do possível?

6.1 O princípio da reserva do possível

Consoante lições de Ribeiro (2011, p. 3)¹⁸, o princípio da reserva do possível originou-se na Alemanha, nos anos 1970, sendo igualmente conhecido como reserva do

¹⁸www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampn/abrir_artigo.asp?cod=16

financeiramente possível. Consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos.

Explicando melhor o referido princípio, pode-se dizer que a implementação de quaisquer direitos fundamentais, em muitos aspectos, depende da existência de recursos financeiros. Porém, sabe-se que o Estado não é um bom gestor dos recursos públicos e que os direitos sociais reclamam um conjunto de ações diretamente ligadas a proteção, distribuição e criação de bens materiais, ou seja, ações afirmativas de proteção socioeconômica por parte do Estado e que a efetividade dos direitos sociais é mitigada pela denominada cláusula da reserva do possível.

Em razão desse princípio, como a efetivação dos direitos sociais está diretamente ligada aos limites financeiros do Estado, ficaria a critério do legislador ordinário a formulação de políticas públicas em função da disponibilidade dos recursos estatais, consoante Barroso (2012, p. 5-6)¹⁹.

A reserva do possível consiste na disponibilidade orçamentária para que o Estado realize seus serviços e, para alguns autores, como Brandão (2012)²⁰ tal alegação seria plausível, desde que o Estado pondere o binômio representado pela razoabilidade da pretensão particular deduzida contra o Poder Público, de um lado, com a existência de disponibilidade financeira para tornar efetiva a prestação reclamada.

Assim, para citada autora, os componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizada estará a possibilidade estatal de efetivação do direito à saúde.

Para a referida jurista, o princípio da reserva do possível funciona como uma espécie de limitação lógica à possibilidade de efetivação da prestação do serviço de saúde pela via judicial, pois o Estado nem sempre dispõe de recursos financeiros para atender a toda e qualquer espécie de demanda nesse sentido.

Ainda segundo a doutrinadora, a norma jurídica constitucional que assegura a todos o direito de exigir do Estado a prestação do serviço de saúde somente alcançará sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia, pois as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena efetivação de dito serviço público, pois é essencial a existência de recursos financeiros que garantam a sua realização concreta.

¹⁹<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37675&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²⁰<http://jus.com.br/artigos/21072>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

Segundo Brandão (2012)²¹, não basta que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade, fazendo-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos. E isso, assevera, é o que orienta a aplicação do denominado primado da reserva do possível.

Para Sarlet (2010, p. 287-289)²², o Poder Público não pode invocar a cláusula da reserva do possível apenas para descumprir sua função constitucional, em especial no caso do direito à saúde, de implementar as ações necessárias a fim de garantir o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, cabendo ao Poder Judiciário aplicar o princípio da razoabilidade nas demandas envolvendo a efetividade do direito à saúde.

De acordo com Ribeiro (2011, p. 3)²³, a efetivação dos direitos fundamentais sociais sofre restrições, consubstanciadas na reserva do financeiramente possível. A partir da construção jurisprudencial ao longo dos anos acerca da reserva do possível, atualmente tem sido exigida a comprovação da ausência de recursos, não bastando que o Estado simplesmente a afirme sem colacionar aos autos as respectivas provas.

6.2 Reserva do possível em confronto com a razoabilidade e a proporcionalidade

Ademais, para parte da doutrina, a reserva do possível consiste na conjugação entre a razoabilidade da pretensão do particular, a disponibilidade financeira do Estado e a aplicação de pautas constitucionais acerca da escolha de prioridades orçamentárias. Para os adeptos desse posicionamento deve-se demonstrar que não há recursos porque estes foram alocados para o atendimento de outros interesses mais relevantes e que essa alocação se deu de modo ponderado, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que o interesse em questão tenha recebido a máxima atenção possível por parte do Estado, nos dizeres de Santos (2010, p. 9)²⁴.

6.3 A reserva do possível na saúde

Consoante lição de Araújo, o mínimo existencial à saúde abrange não só a ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social:

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente (ARAÚJO, 1997, p. 47).

²¹<http://jus.com.br/artigos/21072>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

²²ibidem

²³ibidem

²⁴<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3726.pdf>.

A Constituição Federal atribuiu à saúde uma grande importância, prevendo-a como direito social no artigo 6º e disciplinando-a nos artigos 196 a 200, revelando como o Estado deve agir frente às necessidades e anseios dos indivíduos.

Dessa forma, o direito fundamental social à saúde apresenta indubitável correlação na preservação da dignidade da pessoa humana e na concreção da igualdade, princípios nos quais se evidencia a noção do mínimo existencial.

É nesse ponto que o Estado deve agir de forma a assegurar a satisfação de valores mínimos de existência, prescritos no artigo 6º da Constituição Federal.

Os direitos insertos no artigo 6º da Constituição Federal são as condições básicas, as mínimas para a existência digna, evidenciando-se entre eles o direito à saúde, correlato do direito à vida.

Pela imprescindibilidade desses direitos o argumento da escassez de recursos não pode ser acolhida, pois o princípio da reserva do possível constituiria óbice à efetivação do próprio direito ao mínimo vital.

Entendimento diverso equivaleria a possibilitar a outorga de direitos fundamentais que nunca pudessem ser efetivados por impossibilidade fático-financeira, consoante ilustram Maciel e Souza (2008, p.12)²⁵.

Em síntese, o princípio da reserva do possível reduz o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, o que em hipótese alguma pode ser admitido.

6.4 Direito à saúde e insuficiência de recursos

Diante da polêmica adoção da reserva do possível pelo Estado, objetivando justificar o desatendimento ao direito fundamental à saúde, surge uma questão a ser enfrentada, qual seja, a da falta de recursos para fazer face às demandas sociais no campo do direito à saúde, considerando que a saúde constitui mínimo existencial que exige uma atitude promocional do Estado.

Porém, não adianta a afirmação ingênua e abstrata de que existe determinado direito se sua afirmação se encontra completamente divorciada das possibilidades fáticas.

Nesse contexto, alguns autores fazem uma distinção entre reserva do possível e reserva do financeiramente possível, de modo que aquela seria o gênero e esta a espécie. Assim, enquanto a reserva do possível diz respeito a todos os eventos formais ou materiais

²⁵<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/46/46>

que impedem a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a reserva do financeiramente possível se refere apenas a eventuais limites orçamentários do Estado.

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, parcela expressiva das regras e princípios nela inseridos continuam ineficazes, o que desencadeia a descrença do seu artigo 1º, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira e o Brasil como Estado Democrático de Direito.

Para Moreira (2011, p. 189), nas situações que envolvem a escassez de recursos, por inafastáveis, apenas a reserva do possível proporcional e razoável pode ser argumento válido para que direitos sociais não sejam atendidas de forma uniforme e imediata.

Para a autora, quando eventuais restrições financeiras são pautadas pelos primados da proporcionalidade e da razoabilidade, o mínimo existencial fica resguardado, e, a partir do momento em que a reserva do possível não passa por essa ponderação, o mínimo existencial assume a condição de núcleo intransponível assegurador da dignidade humana.

Portanto, a fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido pelas instâncias governamentais quando forem adotadas providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva do mandamento ordenado pelo texto constitucional.

Ressalte-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, julgada pelo Supremo Tribunal Federal e relatada pelo Ministro Celso de Mello, apesar de não se referir ao pedido de um medicamento ou tratamento médico, cuida do direito à saúde e faz uma análise da reserva do possível.

Em sua argumentação, o Ministro relator explica que a reserva do possível impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração, de implantação sempre onerosa, e que podem ser traduzidos no binômio: razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas. E complementa dizendo que os dois componentes desse binômio devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado.

Por fim, porém, adverte que a reserva do possível não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, pois, quando isso ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário.

6.5 Atuação do Judiciário ante a inércia do Poder Público

Com o passar dos anos as normas constitucionais vêm adquirindo força normativa e efetividade. O direito à saúde e o fornecimento de medicamentos à população é um exemplo disso, pois as normas constitucionais que o asseguram passaram a desfrutar de aplicabilidade imediata e direta pelos juízes e tribunais, como decorrência do neoconstitucionalismo.

Dessa forma, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno. A intervenção do Poder Judiciário, mediante ordem à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos e/ou atendimento médico em uma série de situações procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

A intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde nos casos que lhe são submetidos, no entanto, reflete a ineficácia do Poder Executivo em implementar políticas públicas ligadas à saúde, de sorte que a eficácia e aplicabilidade dos direitos constitucionais sociais pode ser exigida do Poder Judiciário diante da inércia ou omissão do Estado em cumprir as normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde.

Discute-se se o Poder Judiciário não estaria interferindo na atribuição do Poder Executivo ao intervir mediante provocação em questões ligadas à saúde. Na doutrina há posicionamentos divergentes quanto ao tema, visto que, do mesmo modo que o julgador tem dificuldade em decidir quanto a um pedido de medicamento, ele deve assegurar o direito de todos à saúde conforme garantido pela Constituição. Muitos tribunais concedem os pedidos de medicamentos. Porém, o Poder Judiciário não estaria ingerindo no mérito administrativo quanto à reserva do possível nem intervindo em funções que não são suas, ferindo a separação dos poderes, mas controlando a omissão do Poder Público e assim cumprindo o princípio da ampla acessibilidade ao Judiciário previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição.

De fato, o argumento da separação dos poderes não é adequado para se averiguar a existência ou não de um direito, pois enquanto a análise da existência de um direito atua no plano da eficácia da norma, a atuação do Judiciário opera no plano da sua efetividade.

Esse argumento encontra respaldo na jurisprudência pátria, onde se destaca a decisão proferida na ADPF MC 45/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, DJ 29.4.2004.

Registre-se que no Brasil, a partir da década de 1980, alguns membros do Poder Judiciário assumiram uma postura mais ativa e agressiva na defesa dos direitos fundamentais. Esta nova forma de interpretar o ordenamento jurídico mostra-se mais presente entre os juízes de primeira instância, ou seja, entre os que estão mais próximos das flagrantes discrepâncias

entre igualdade formal e justiça social, que criaram uma corrente jurisprudencial assente na constitucionalização do direito ordinário e orientada para uma tutela mais efetiva dos direitos, valendo destacar as questões inerentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão, os sociais. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)²⁶

Concluindo este tópico, eis as seguintes observações de Vieira (2011)²⁷:

Cumpra explicitar, que o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos imperiosos a satisfazê-los. Deste modo, sustenta parte da doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma reserva do possível. Esse argumento não deve prevalecer.

No entanto, o direito a saúde, por estar mais diretamente ligado à vida, é tão fundamental que na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais pode ser pleiteado por meio judicial. O titular do direito a saúde pode exigir do Estado providências fáticas relevantes para o desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.

Prestações relativas à saúde devem corresponder ao mínimo existencial, conforme ponderações e respectivas conexões axiológicas, deste modo, seria inadequado excluí-las quando demonstradas serem essenciais para a vida digna do ser humano. Nesse caso, fariam parte de um mínimo existencial e deveriam ser concedidas pelo Poder Judiciário.

Partindo-se para uma análise casuística, há de se observar que o Brasil é um país com relativa escassez de recursos, no entanto, essa escassez não pode se tornar um óbice ao reconhecimento do direito ao mínimo existencial.

Portanto, o Poder Judiciário, com o intuito de garantir o direito à vida e à saúde, possui a prerrogativa de interferir nas políticas públicas para garantir o atendimento ao que está previsto pela Constituição, sem que isso configure indevida interferência na atuação dos outros poderes.

Aliás, como salienta Matta Moreira (2011, p. 196)²⁸, “o mais destacado argumento para a participação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais prestacionais é a inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que assegura a apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito”.

A citada autora assevera que esta inafastabilidade não é sinônimo de intervenção desmedida, mas é parte da formação de um Estado em que os direitos fundamentais são realmente buscados e protegidos por todos os níveis de atuação.

Ainda segundo Matta Moreira (2011, p.198)²⁹, em consonância com as novas exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito, tem-se como imprescindível a intervenção do Poder Judiciário em face da omissão ou atuação insuficiente por parte do

²⁶http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 23.03.09.

²⁷http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10649

²⁸Idem

²⁹Idem

administrador público na implementação de seus deveres, devendo tal ingerência ser pautada por critérios objetivos, claramente derivados e especificamente relacionados com o sistema de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Por fim, como adverte Matta Moreira (2011, p. 198-199)³⁰, são amplos e complexos os debates sobre a intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais, e, quando se trata da reserva do possível, deve-se fazer análise ponderada dos bens jurídicos em conflito, avaliando-se a razoabilidade e a proporcionalidade das razões suscitadas pela Administração Pública e pelo particular, de modo que “em determinadas circunstâncias, essencialmente quando houver o comprometimento do mínimo existencial, a escassez de recursos deve, de alguma forma, ser superada pela Administração Pública”.

Ainda nessa ordem de ideias Matta Moreira (2011, p. 202)³¹ orienta que:

[...] sempre que as condições mínimas de dignidade puderem ser violadas pela omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública, a reserva do possível não encontrará respaldo na proporcionalidade e na razoabilidade, exigindo do Poder Judiciário uma atuação no sentido de preservar o núcleo essencial do direito em apreço.

Nessa mesma ordem, o Ministro Celso de Mello, em relatório proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352/AM, consignou que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Eis a ementa do acórdão:

AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA

³⁰Idem

³¹Idem

CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013).

Eis mais alguns trechos do voto do predito Ministro no 581.352/AM:

[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

...

[...] mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

...

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é lícito, ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal.

Concluindo, pode-se afirmar que o princípio da reserva do possível deve ser afastado quando a lide tratar de prestação que se possa admitir como no seio do mínimo existencial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa cingiu-se à análise do princípio da reserva do possível suscitado pelo Estado como óbice à implementação do direito fundamental à saúde.

Porém, a essencialidade do direito à saúde levou o legislador constituinte a qualificar como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde, de modo a legitimar a a provocação do Poder Judiciário nas hipóteses em que o Poder Público, injustificadamente, deixasse de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento imponderado.

Constatou-se que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar que o Poder Público promova direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que viole o princípio da separação de poderes ou configure ingerência no mérito administrativo.

Concluiu-se, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em ponderação com o mínimo existencial, que o Poder Público não pode invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar o exercício de direitos constitucionais voltados à garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição para torná-los efetivos, abstendo-se de cumprir o dever de prestação que lhe é imposto, incidirá em inconstitucionalidade por omissão, permitindo assim que o interessado na prestação não cumprida provoque o Poder Judiciário em defesa de seu direito fundamental à saúde.

A escassez de recursos orçamentários não pode ser obstáculo para a garantia dos direitos sociais essenciais à existência humana, pois assim agindo, o Estado estará violando o princípio da dignidade humana por inobservância do mínimo existencial.

Como o Poder Público vincula-se ao cumprimento da Constituição Federal e da Lei para implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, conclui-se que o administrador público não possui discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência quanto à efetivação das políticas públicas eleitas pelo legislador constituinte e discriminadas na ordem social constitucional.

Eventuais dúvidas acerca dessa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, ao qual compete dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo omissivo ou comissivo, verificando, a partir dos primados da razoabilidade

proporcionalidade, se ele não contraria sua finalidade constitucional voltada à concretização da ordem social constitucional.

Destarte, a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta negativa puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais fundamentais essenciais.

Em verdade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja o seu âmbito de atuação na organização federativa.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se favoravelmente à intervenção judicial nas demandas envolvendo a concretização de direitos fundamentais sociais, entre os quais o direito à saúde, sem que essa conduta afronte o princípio da separação de funções entre os três poderes, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, ressalte-se que não basta ao Estado meramente proclamar o reconhecimento formal de um direito. É essencial que, além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito, como o direito à saúde, constitui prerrogativa jurídica de exigir que o Estado forneça prestações positivas impostas pela ordem constitucional.

Em síntese, pode-se afirmar que a falta de orçamento, consubstanciada na reserva do possível, não pode constituir óbice à efetivação do mínimo existencial, nele inserido o direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

BARROSO, Vanessa Pinheiro da Silva. **Direito à saúde e a posição dos tribunais quanto a argumentação da cláusula da reserva do possível**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br>.> Acesso: em 28 ago. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **O princípio da reserva do possível como aspecto econômico a ser observado na efetivação do direito à saúde**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3149, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21072>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.581.352 AMAZONAS, Relator: MELLO, Celso de. Publicado no Dje de 22-11-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2603764>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. <http://www.stf.jus.br>> Acesso: em 28 ago.2013.

COSTA, Mônica Cristina da. **A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado. 2011**>Disponível em :<<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em:20 de abril 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOS SANTOS, Andréa Egizi. **A reserva do possível no direito à saúde**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3726.pdf>.> Acesso: em 28 ago. 2013.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 jun 2014.

GIACOVONI, Josiane de Campos Silva. **O direito social à saúde e a CPMF – análise dos processos de positivação, incidência, aplicação e interpretação (atualizada conforme o projeto de lei complementar nº 306, de 2008, que inclui a contribuição social para a saúde – CSS**. In:

TAVARES, André Ramos; LUNARDI, Soraya (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.163-176.

GRANJA, Alexandre Cícero. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em jun 2014.

GÜTSCHOW, Bruno Alexandre. A reserva do possível: breve apanhado. Disponível em [http://www.clubjus.com.br/2 artigos=2.17103](http://www.clubjus.com.br/2_artigos=2.17103)> Acesso: em 12 maio 2014.

JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 14 maio 2014.³

LANA, Tayane Vieira; MENDES, Isabela Cristina. **A atuação do Poder Judiciário e sua interferência na saúde**.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LING WANG, Daniel Wei. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. [Http://www.scielo.br/pdf/rdgv](http://www.scielo.br/pdf/rdgv)> Acesso em: 28 ago. 2013.

MACHADO, Deusa Helena Gonçalves; MATEUS, Elizabeth do Nascimento. **Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 14 maio 2014.

MACIEL, Álvaro dos Santos; SOUZA, Natasha Brasileiro de. A reserva do possível e a dignidade da pessoa humana como fonte de não retrocesso social. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 3, 2008. Disponível em <<http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 16 de junho de 2014.

MEDEIROS, Cassiano Quinino de. **Saúde como direito social e a cláusula da reserva do possível: conflito entre poderes**. Disponível em <http://www.cchla.ufrn.br/humanidades2009/anais/GT08/8.1.pdf>> Acesso em: 12 maio 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MOURA, Agra Walber. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 17.mar.2010.

PESSOA, Eudes André. **A constituição federal e os direitos sociais básicos ao cidadão brasileiro**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em maio 2014.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 17.mar.2010.

PLACIDINA, Flávia e FACHIN, Zulmar. **Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível**. ne a <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Conselheiro/anima4-zulmar-fachin-e-flavia-placidina.pdf>. Acesso em 31 de maio 2014.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. **O direito à saúde e o princípio da reserva do possível.**

http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=16. Acesso em 12 de junho 2014.

SANTOS, Andréa Egizi dos Santos. A reserva do possível no direito à saúde.

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3726.pdf>. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Acesso em 14 de junho 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAVAZZONI, Simone de Alcântara. **Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Disponível

http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090406170620465&mode=printem> Acesso em 29 jun.2014.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo.** 24ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social.** 2ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 9 *apud* COSTA, Mônica Cristina da. **A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado.** Disponível em :<

<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>. 2011> Acesso em: 20 de abril 2014.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** 2ª ed. 2ª tir. rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p.51-52.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, nº 42, 1990, p.69-78.

<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE48620.pdf/REVISTA4269.pdf>.>Acesso em 26 de jun.2014.

VASCONCELOS, Clever. **Direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Suzana Lessa. **Direito a saúde e a atuação do poder judiciário diante da inércia das instituições governamentais.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10649>. Acesso em jun 2014.