

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

MARCELO ANTONIO THEODORO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Antônio Germano Ramalho, Marcelo Antonio Theodoro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-356-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

Apresentação

A Constituição Federal de 1988 se aproxima dos trinta anos de promulgação, no entanto, a parte que trata dos direitos e garantias fundamentais ainda por muito tempo será foco de permanentes e complexos debates no âmbito da academia do Direito, cujos discursos procuram fundamentos que sejam razoáveis ou proporcionais que expliquem o fenômeno do descumprimento desse conjunto de normas superiores cuja representação tem repercussão no poder da sociedade.

Neste Grupo de Trabalho, algumas dessas questões são reiteradas, sendo que nos casos aqui expostos, são apresentadas performances como resultado de pesquisa em estudos de casos cujas decisões independem da ordem jurisdicional tem importante alcance que possa permitir a aplicação do conjunto dos direitos e das garantias constitucionais.

No ranking da saúde destacam-se trabalhos de excelência pautados na seguinte ordem: pressupostos buscando meios de concretização desses direitos; A reserva do possível e a garantia mínima do direito à saúde; A justiça como guardiã da concretização do direito à saúde; a proposta do reconhecimento e paternidade efetiva nos casos de reprodução assistida heteróloga no Brasil.

Outras linhas se expandem procurando dinamizar o debate sobre esses direitos consagrados pela CFB/88, a exemplo do estudo que aponta o Ministério Público como instrumento de defesa dos direitos humanos; O reconhecimento da comunidade das cidades e seus direitos de fala nos planos de desenvolvimento urbano; Os limites da liberdade de expressão e a prudência dos reclamos na atuação dos movimentos feministas; A necessidade de ampliação de se ampliar a discussão do uso do Habeas Data como remédio constitucional; O processo de (re) educação do apenado através da formação no ensino superior através de estudo de caso; O processo migratório em perspectivas de alternativas laborais e a atenção para a repercussão social.

O leitor terá a oportunidade de se debruçar sobre temáticas pouco usuais ainda nas discussões acadêmicas, mas, que trazem extraordinários benefícios para quem atua na linha de Direito Constitucional e seus desdobramentos, quer sejam de ordem teórica, formal ou de ordem material.

O melhor conselho que podemos oferecer é convidá-los a leitura!

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho - UEPB

O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA MÍNIMA EXISTENCIAL E SUA EFETIVIDADE EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL
EL DERECHO A LA SALUD COMO MÍNIMO GARANTIZADO EXISTENCIAL Y SU EFICACIA EN CARA DE LA RESERVA DEL POSIBLE

Julia Gonçalves Quintana
Flavia Alejandra Fernandez Pereira

Resumo

A Constituição Federal de 1988 possui uma vasta previsão de direitos e garantias individuais e sociais. O Estado agora deve não apenas prever o direito, mas promover de forma efetiva as políticas sociais para o cumprimento desses direitos. Nesse contexto, a saúde possui status de direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social. Assim o presente trabalho analisará o direito à saúde como direito fundamental e como mínimo existencial, bem como a sua efetividade em face à “reserva do possível”.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Saúde, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

La Constitución Federal de 1988 cuenta con una amplia previsión de derechos individuales y sociales . El estado ahora no sólo debe proporcionar el derecho, debe promover eficazmente las políticas sociales para el cumplimiento de estos derechos . En este contexto , la salud tiene status de derecho social fundamental , se inserta en un orden social constitucional que tiene por objeto la promoción del bienestar y la justicia social. Así, analizaremos el derecho a la salud como un derecho fundamental y como mínimo existencial , bien como su eficacia en la cara de " reserva de lo posible" .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Salud, Mínimo existencial, reserva del posible

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da promulgação dos textos constitucionais, foi se concretizando a idéia das constituições programáticas, nascidas sobre a tutela dos direitos e garantias fundamentais, as quais objetivamente devem visar à proteção e promoção efetiva do desenvolvimento econômico e social.

Assim, a norma constitucional definitivamente se torna o sistema regulador de proteção da sociedade. O Estado agora deve não apenas prever o direito, mas promover de forma efetiva as políticas sociais para o cumprimento desses direitos. Definitivamente, passa-se a viver sob uma verdadeira ótica democrática.

A mudança é significativa, pois se antes o direito atendia a uma classe dominante, privilegiada em função de seu poder econômico, agora o Estado, na figura da Constituição, também prevê direitos para todos os indivíduos, os quais, por muito tempo, permaneceram à margem da defesa de seus direitos fundamentais.

No que tange propriamente ao direito à saúde, a Constituição Federal expressamente prevê no Título VIII – Da ordem social, no capítulo II – da Seguridade Social e na Seção II – da Saúde, se insere o artigo 196, que assim dispõe: *“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*. A saúde também é caracterizada pelo art. 6º, da CF, como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância, e a assistência aos desamparados.

Desta forma, a Constituição de 1988 dispõe que o direito à saúde é um direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social (art. 193). A justiça social, por sua vez, visa diretamente ao bem comum, e apenas indiretamente ao bem de um particular, consistindo, assim, em ações devidas à comunidade como um todo, sendo o benefício a cada membro da comunidade apenas indireto.

Assim sendo, não se pode conceber o direito à saúde como um poder ilimitado a ser exercido individualmente contra o Estado e à margem da comunidade. Em um Estado Democrático de Direito no qual tem por finalidade a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I da CF), os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões

apenas individuais, devendo necessariamente ser integrados com as pretensões da comunidade como um todo.

E tendo a Constituição Federal de 1988 reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, é necessário destacar que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do §1º do art. 5º do próprio texto Constitucional, na medida em que decorrem da própria concepção de normatividade direta da Constituição.

Outrossim, embora no Brasil não haja uma previsão constitucional expressa consagrando o direito ao mínimo existencial, a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, da CF/88). De outra parte, os direitos sociais específicos, tais como assistência social, saúde, moradia, previdência social, salário mínimo dos trabalhadores, dentre outros, acabaram por abarcar o direito ao mínimo existencial.

Assim o presente trabalho analisará o direito à saúde como direito fundamental e como mínimo existencial, sendo este condição de direito-garantia fundamental autônomo, bem como analisar-se-á a efetividade de tal direito em face à “reserva do possível”, especialmente quanto ao disposto no artigo 5º, §1º, da CF, cabendo ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos, sempre observando o princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão: como proibição de excesso e de insuficiência.

Os autores analisados no presente estudo, no intuito de promover o enriquecimento do debate, procurarão expor conceitos e a sistemática do direito à saúde, bem como a sua aplicação e efetividade entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Ainda procurar-se-á demonstrar como o Estado deve garantir o direito à saúde, por se constituir em direito fundamental social de aplicabilidade imediata, observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na prestação desse direito.

Para tanto, O método adotado no presente trabalho será o método hipotético-dedutivo, no qual, a partir das hipóteses apresentadas será analisada e explorada a legislação e doutrina com o objetivo de comprovar ou não as hipóteses levantadas. A técnica empregada será a pesquisa bibliográfica mediante a consulta de referências em livros, artigos científicos e revistas relacionadas ao tema.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Inicialmente, cumpre tecer esclarecimentos a respeito da distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Os direitos humanos, segundo Sarlet (2015), são considerados aqueles assegurados no plano do direito internacional, e por isso, são assegurados a qualquer pessoa, independentemente de seu vínculo com determinado Estado. Já os direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos e protegidos pelo plano constitucional de cada Estado. Assim, os direitos fundamentais, e dentro destes, os direitos sociais, expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.

No que tange aos direitos sociais, Sarlet (2015) defende que estes têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios que norteiam o Estado Social de Direito, que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; visando à redução das desigualdades sociais, garantindo, ainda, os valores sociais do trabalho.

2.1 Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

Na passagem para o constitucionalismo democrático (Pós II Guerra Mundial), vemos o recrudescimento da idéia dos Direitos Fundamentais e da dignidade humana, a Constituição incorpora uma função eminentemente principiológica, de textura aberta, havendo uma mudança na concepção do papel da Constituição e dos próprios direitos inseridos nela.

Se antes se dependia da boa vontade dos poderes públicos de implementar políticas públicas de acordo ao seu interesse e convencimento, no Estado Democrático de Direito passa-se a ter uma força normativa e vinculante da Constituição e os direitos previstos nela, passam a serem exigíveis.

Neste sentido leciona LEAL (2007, p.31):

Pode-se se asseverar, nesse sentido que a inovação que se verifica com relação a Constituição neste período se dá, especialmente, no âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa somente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.

Assim, o estudo do direito constitucional moderno nos permite verificar que, sem sombra de dúvidas, encontramos-nos em uma fase especialíssima das dinâmicas sociais, haja vista que nunca antes na história os Estados disponibilizaram uma gama tão grande de direitos abrangendo todos os cidadãos. A ampliação do alcance a todos os cidadãos dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito impacta diretamente nas Constituições contemporâneas, alçando conteúdos não apenas programáticos, mas valores que permeiam todos os poderes do Estado.

E quem acaba ganhando espaço é o Poder Judiciário, porque a partir do momento que tenho uma preocupação com a força normativa da Constituição, a forma por meio da qual vai se garantir essa força normativa é pela lógica do controle de constitucionalidade, onde alguma instância é encarregada de fazer garantir esses direitos que, *in casu*, é o judiciário. O Poder Judiciário passa então a ser investido de guardar a Constituição e, portanto, há uma potencialização da atuação da jurisdição constitucional (deslocamento do pólo de tensão para o Judiciário).

O Estado Democrático de Direito passa a ser regido pela ótica da Constituição aberta, abstrata, onde os direitos e as garantias fundamentais trabalham como um sistema jurídico que se integra ao Estado e exige deste o respeito e observância destes princípios (LEAL, 2007).

Diante disso, a Constituição passa a ter uma perspectiva diferente com relação ao próprio indivíduo e ao próprio sujeito, tendo uma concepção comunitarista (vinculação necessária entre moral, direito e política). A compreensão do indivíduo passa a ter uma perspectiva solidária, ou seja, a sua condição de sujeito vai além da esfera privada, bem diferente no sistema liberal que se priorizava o interesse individual, o indivíduo é isolado, que não se pensava na felicidade em conjunto, só na felicidade de cada um. Os aspectos valorativos e comunitários se revestem de um status jurídico, impositivo, transportados para dentro das Constituições, que funcionam como diretrizes para a vida em comum (LEAL, 2007).

Assim, os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito passam a ter duas dimensões, subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva está relacionada ao titular do direito e a sua exigibilidade, ou seja, o indivíduo tem a faculdade de buscar a tutela de exercer ou não seu direito. Já a dimensão objetiva são os valores, a lógica de funcionamento da sociedade, é a base na qual vão se construir as coisas, vinculando a todos os indivíduos da sociedade (*erga omnes*). Trata-se de diretivas para os poderes (determinando o dever de agir de acordo com os

direitos fundamentais, desenvolver ações para dar efetividade a esses direitos), possuindo um caráter de indisponibilidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2015).

2.2 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A Constituição e a interpretação de seus princípios passam então a ser o ponto central dentro da organização dos Estados modernos, uma vez que o poder não mais emana de si mesmo, e sim do texto constitucional, o qual passa a ser o elemento centralizador e vinculante do funcionamento do próprio Estado.

Esta nova perspectiva decorre do fato de que as Constituições contemporâneas, a qual se inclui a Constituição Federal de 1988 - também conhecida como Constituição Cidadã -, não possui em seus textos somente normas descritivas do funcionamento político ou da organização dos poderes, mas sim o reconhecimento da introdução dos direitos e garantias fundamentais como valores principiológicos do texto constitucional, os quais acabam por refletir boa parte dos anseios e dos valores da sociedade.

Para Bolesina e Leal (2013), a Constituição brasileira vigente, ao albergar o constitucionalismo contemporâneo, adotou o compromisso de garantir aos seus tutelados o necessário para uma vida com plena dignidade humana.

De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, os direitos fundamentais foram tratados com a devida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional, muito embora se deva reconhecer que somente ao longo do tempo e de modo muito variável - dependendo de cada ordem constitucional-, os direitos fundamentais passaram a fruir de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com a sua condição. (SARLET, 2015).

Para Sarlet (2015, p.67), outro aspecto fundamental no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter sido precedida do período marcado pelo autoritarismo que caracterizou a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. Diante disso, a relevância atribuída aos direitos fundamentais são frutos da reação do Constituinte e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º §1º, da CF¹, dispondo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De toda forma, ficou consagrado o *status* jurídico dos direitos fundamentais na Constituição vigente, e a maior proteção outorgada a tais direitos vemos refletido mediante a sua inclusão no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º, da CF², impedindo a supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. (SARLET, 2015, p.68).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos sociais os quais são considerados direitos fundamentais. Entretanto, há certas dificuldades de compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se 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 a 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 (SARLET, 2015).

Os direitos sociais, na sua dimensão de direitos a prestações (que segundo Alexy tratam-se de direitos a prestações materiais vinculados ao dever estatal do Estado como Estado Democrático de Direito) também implicam direitos subjetivos negativos, impedindo, por exemplo, restrições que violem o seu respectivo núcleo essencial, sendo que a Constituição de 1988 incluiu no seu rol de direitos sociais, típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como por exemplo, o direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade). (SARLET, FIGUEIREDO, 2013, p. 17).

Assim, o qualificativo de “social” expresso na Constituição não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social,

¹ Art. 5º §1º, da CF – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

² Art. 60, §4º, IV da CF – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

de modo a assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições de vida digna, mas está relacionado ao fato de que também são sociais os direitos que asseguram e protegem a liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos, para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo pela vulnerabilidade social e econômica, como o direito dos trabalhadores. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 17).

Sarlet (2015) defende que todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, sejam aqueles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, como também podem estar implicitamente positivados no sistema.

Portanto, por mais que se devam reconhecer possíveis diferenças de tratamento dos direitos sociais - por se tratarem de direitos fundamentais-, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015).

No que tange propriamente ao direito à saúde, a Constituição Federal expressamente prevê no Título VIII – Da ordem social, no capítulo II – da Seguridade Social e na Seção II – da Saúde, se insere o artigo 196, que assim dispõe: *“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

A saúde, por outro lado, é caracterizada pelo art. 6º, da CF³, como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância, e a assistência aos desamparados.

Portanto, o art. 196, da CF⁴, dispõe que a saúde é um direito de todos (indicando os titulares do direito) e um dever do Estado (indicando o responsável pela prestação, sem prejuízo do disposto no art. 199, da CF⁵). Refere ainda o dispositivo que a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas (indicando o meio de atuação genérico), visando à redução e do risco de doença e ao acesso (finalidade) universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (como será garantido o direito social em exame).

³ Art. 6º da CF – 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.

⁴ Art. 196, CF – 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.

⁵ Art. 199, CF – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Por sua vez, o art. 198, da CF⁶ determina a forma de organização do sistema, quando refere que as ações e serviços de saúde integram ma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, observando as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera do governo – o que impõe responsabilidade a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade. Este mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo (artigos 1^o, 18^o e 60, §4^o, I,⁹ todos da CF/88).

As normas que decorrem de tais dispositivos devem ser conectadas e hierarquizadas de forma axiológica, para que possamos compreender em sua totalidade o direito constitucional à saúde (ÁVILA, 2001).

Assim, a Constituição de 1988 reconheceu o direito à saúde como direito fundamental, e as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do §1^o do art. 5^o do próprio texto Constitucional, pois decorrem da própria concepção de normatividade direta da Constituição.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Num primeiro momento, o mínimo existencial significava apenas o mínimo para a sobrevivência física, sendo que com o passar do tempo, diante da evolução histórica e social, abrangeu também a harmonia e paz psicológica, questões ligadas ao meio ambiente, à cibercultura e à democracia. Assim, a evolução da teoria constitucional e dos direitos fundamentais ampliou o direito ao mínimo para a existência humana de forma digna. (BOLESINA; LEAL, 2013).

Tão somente a partir do início do século XX é que os Estados passaram a dedicar a atenção para o direito ao mínimo para a subsistência, com o fim de assegurar a dignidade da pessoa humana e questões sociais, passando-se a buscar a justiça social e igualdade material, mediante a intervenção estatal, a fim de garantir, promover e regulamentar o acesso às

⁶ Art. 198, CF – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes.

⁷ Art. 1^o, CF – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

⁸ Art. 18, CF – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

⁹ 60, §4^o, I,CF – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado.

necessidades básicas materiais e imateriais, tais como alimentos, saúde, trabalho, educação, entre outros. (BOLESINA; LEAL, 2013).

Diante disso, a idéia de Constituição se transformou, dando espaço para o constitucionalismo social. Este novo modelo de Constituição trouxe muitos compromissos políticos, muitos voltados para suprir as desigualdades sociais.

O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, com base na dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica a manutenção de suas condições de existência. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Somente após duas décadas da referida decisão, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Em suma, a decisão prevê que o Estado deve assegurar aos necessitados, condições mínimas para uma existência digna, integrando estas pessoas na comunidade, mediante apoio na família ou por terceiros, como também criando instituições assistenciais (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Tal decisão veio a ser chancelada em outras decisões da Corte Constitucional Alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional do mínimo existencial.

Portanto, no novo constitucionalismo democrático, o direito ao mínimo existencial passa a receber tratamento diferenciado, objetivando a dignidade da pessoa humana, comportando também direitos sociais, culturais e econômicos do Estado Social. Ou seja, a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia à mera sobrevivência física, atingindo além do limite da pobreza absoluta.

Verifica-se pela evolução histórica que o direito ao mínimo para existência humana é um conceito aberto, que, de tempos em tempos, sofre alterações de significado e natureza. No início, se tinha a idéia de um mínimo apenas para a sobrevivência física e com o passar do tempo, foram se incluindo outros direitos, tais como a liberdade, segurança jurídica, assistência social, saúde, educação, meio ambiente, dentre outros.

A respeito do mínimo existencial ser considerado um direito fundamental, cumpre fazer a seguinte distinção entre mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ainda que se possa, muitas vezes, se equiparar estes conceitos, os mesmos não são idênticos.

Tomando-se como exemplo o direito à saúde – objeto do presente estudo -, vemos que o seu núcleo essencial é a prestação de meios e fins de fruição do direito de forma a não torná-lo insignificante. Porém, em casos especiais, o atendimento do núcleo essencial do direito à saúde é insuficiente para se alcançar o mínimo existencial. A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pode assegurar o núcleo essencial do direito à saúde, mas em casos mais complexos, como por exemplo, casos de extrema urgência, medicamentos especiais que não possam ser fornecidos pelo SUS, será necessário algo a mais para o alcance da dignidade de determinado indivíduo, pelo menos para alcançar o mínimo existencial. Esse algo a mais, o mínimo existencial é hábil a assegurar, pois está se alcançando a dignidade humana, mas o núcleo essencial não (BOLESINA; LEAL, 2013).

Portanto, conforme a jurisprudência alemã “*o mínimo existencial representa, de um lado, um conjunto de direitos necessários para a vida com dignidade e, de outro lado, o limite mínimo do gozo desses direitos para assegurar a dignidade, observadas as questões de tempo, de espaço e de sujeito*”. (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 27).

No Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito ao mínimo existencial, a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, da CF/88). De outra parte, os direitos sociais específicos, tais como assistência social, saúde, moradia, previdência social, salário mínimo dos trabalhadores, dentre outros, acabaram por abarcar algumas dimensões do mínimo existencial.

Por outro lado, segundo Sarlet e Figueiredo (2013), a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial.

Tendo em vista questões políticas, econômicas e financeiras do Estado na concretização de direitos, parte do conceito do mínimo existencial é impregnado por um discurso retórico, especialmente quando os direitos sociais constitucionalmente previstos passam a ser judicializados na sua perspectiva de direitos fundamentais subjetivos. A tensão criada entre o direito postulado e a capacidade de recursos do Erário Público, acabou por ver a teoria do mínimo existencial, principalmente quanto ao adimplemento dessas prestações, similar ao mínimo vital. (BOLESINA; LEAL, 2013).

O posicionamento do Estado brasileiro acabou por tratar o mínimo existencial de forma quantitativa, ao contrário da jurisprudência alemã na qual vincula o mínimo existencial

à noção de razoabilidade. Assim, a teoria que se prestava para garantir a dignidade humana passou a ser vista como algo a ser invocado nos casos de extrema vulnerabilidade social e econômica, acabando por invadir a esfera do mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, deixando de lado o objetivo de assegurar uma existência digna e, por consequência, afastando-se da garantia fundamental do mínimo existencial. (BOLESINA; LEAL, 2013).

Portanto, o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido como direito fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental.

4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO EM FACE AO MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria da reserva do possível não se vincula exclusivamente ao elemento custo, pois além de questões financeiras, envolve fatores jurídicos e políticos. Esta teoria estabelece aquilo que o indivíduo pode, racionalmente, exigir da coletividade. Ou seja, não se permite exigir e receber aquilo que não condiz com a realidade social e econômica, pois tal atitude seria contrária ao Estado Democrático de Direito.

Esta teoria tem origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a idéia da “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a significar a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Estas noções foram desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, desde o polêmico caso *numerus clausus* que, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento de que a prestação requerida deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Isso significa que, mesmo que o Estado disponha de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável, não podendo impor ao Estado a obrigação de prestar assistência social a

aleguem que efetivamente não faça jus ao benefício, por ele próprio dispor de recursos suficientes para seu sustento e de sua família. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Neste sentido, Bolesina e Leal (2013) referem que tensão criada pela reserva do possível em face do direito postulado reside na razoabilidade do pleito, sendo certo que pretensões individuais, para além do razoável, são indeferíveis diante dos interesses coletivos da sociedade.

Entretanto, no Brasil, a teoria da reserva do possível passou a ser utilizada de modo diverso do utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão, na medida em que ficou relacionada a questões financeiras e da disponibilidade de recursos econômicos para satisfação das necessidades individuais e da sociedade.

Assim, no Brasil denomina-se de teoria da “*reserva do financeiramente possível*”, pois se colocou como limite absoluto para a efetivação de direitos fundamentais custosos dois fatores: a insuficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa; criando-se um discurso que se tornou banalizado em seu uso, representando, muitas vezes, uma alegação vazia de defesa processual, invocada por um Estado que busca, mediante discursos ligados à escassez, limites econômicos e financeiros para fugir de suas obrigações constitucionais. (BOLESINA; LEAL, apud, CANOTILHO, 2013).

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, determinou que a “reserva do financeiramente possível” deve ser a exceção no sistema jurídico brasileiro, somente podendo ser alegada quando acompanhada de prova objetivamente aferível acerca da escassez declarada, ou seja, quando comprovadamente inexistirem recursos disponíveis ou quando esses recursos foram aplicados de maneira satisfatória e racional.¹⁰

O Ministro Celso de Mello, no ano de 2011, complementou os argumentos acima indicados ao julgar o ARE 639.337/SP. Além de ratificar os termos da decisão no ADPF 45, quanto ao mínimo existencial, reserva do possível e custos dos direitos, dispôs que se deve buscar com a máxima eficácia e efetividade a concretização do mínimo existencial, como forma de proteger a dignidade da pessoa humana, como se verifica no trecho da decisão abaixo:

“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

¹⁰ Conforme voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 29.04.2004.

constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”

Nesse mesmo sentido, é possível afirmar que os direitos assegurados em nosso ordenamento, esvaziam-se quando não possuem efetividade. Desse modo, constitui dever do Poder Judiciário, como intérprete e aplicador do direito, velar pela efetividade das normas constitucionais, principalmente, quando estas versarem sobre Direitos Fundamentais.

Para Sarlet e Figueiredo (2013), a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade dos recursos para a concretização dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionada com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e razoabilidade.

Por outro lado, a reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial. A reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, como na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e garantia do mínimo existencial – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. Entretanto, a Constituição não oferece critérios para esta decisão, deixando a cargo dos órgãos políticos (especialmente ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Portanto, tendo em vista a dificuldade de prova da reserva do possível é que se mostra necessário esclarecer a sua aplicação diante do mínimo existencial. Neste aspecto, Sarlet (2015) entende que a reserva do possível, diante de direitos ordinários e mesmo de algumas postulações de direitos fundamentais e humanos, é plausivelmente aplicável. Porém, o mesmo não ocorre quando confrontado com o mínimo existencial, por se tratar de direito essencial a uma vida digna.

Como visto no capítulo anterior, o mínimo existencial está situado entre o mínimo vital e a situação ideal. Logo, qualquer necessidade que esteja dentro desta faixa será razoável e proporcional para a vida com dignidade, o que afasta a aplicação da teoria da reserva do possível. A questão é verificar, se a necessidade postulada, apesar de integrar o mínimo

existencial é proporcional (razoável ou não), de ter sua satisfação executada pelo Estado, considerando cada caso concreto.

Exemplo disso é a postulação judicial de medicamento necessário por pessoa que tenha recursos suficientes para a aquisição do medicamento sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Apesar do seu direito à saúde integrar o mínimo existencial, neste caso concreto o indivíduo possui condições econômicas para aquisição do medicamento, portanto seu pleito é pouco razoável e desproporcional diante da coletividade de necessitados e carentes que poderiam restar lesados em consequência desse atendimento por parte do Estado, podendo ocasionar escassez natural.

Como visto, o art. 196 da Constituição Federal explicita como garantia do direito à saúde “políticas sociais e econômicas”. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, “o acesso universal e igualitário”. Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (não pode preferir a uns ou outros, não pode conceder a uns e a outros não).

Portanto, Bolesina e Leal (2013, p.100) entendem que a reserva do possível somente se aplicará:

“(…) nos casos de escassez natural (pura) e quando o pleito for desproporcional/irrazoável diante das condições particulares do postulante. Em qualquer das hipóteses, a decisão deverá contar com dados concretos. Nos demais casos, não se justifica o acolhimento da alegação de reserva do possível. (...) Desta forma, é preciso reconhecer que a reserva do possível, nesses casos especialíssimos, pode ser oposta ao mínimo existencial”.

Desta forma, tratando-se de necessidades inseridas no mínimo existencial e, portanto, essenciais para a manutenção da dignidade humana, não haverá ponderação perante qualquer teoria que seja, devendo sempre o Estado priorizar o mínimo existencial, exceto nos casos de escassez natural (pura) e quando o pleito for desproporcional diante das condições particulares, analisando-se sempre o caso concreto (BOLESINA; LEAL, 2013).

Por outro lado, se nos depararmos com um cenário de escassez natural total, não há solução possível para a ausência de recursos, logo, não há escolha a ser feita, só tragédia. Da mesma forma, nos casos de escassez parcial, é razoável que certas demandas que guardam relação com o mínimo existencial sejam atendidas antes do que outras ou ambas atendidas

parcialmente, não se tratando, assim, de escolhas trágicas, pois ao menos estaria se concretizando parcialmente o mínimo existencial (BOLESINA; LEAL, 2013).

Na mesma senda, Sarlet e Figueiredo (2013) defendem que a “reserva do possível” deve-se levar a sério, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, §1º, da CF, cabendo ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos, sempre observando o princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão: como proibição de excesso e de insuficiência, como parâmetro de controle dos atos do poder público e dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, cabe aos órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso porque há toda uma falácia entorno da utilização da reserva do possível, pois é recorrentemente utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

5. A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Como visto, o constitucionalismo brasileiro, especialmente em função da atitude positiva do Poder Judiciário, deu o primeiro grande passo à afirmação dos direitos fundamentais sociais, reconhecendo o seu caráter normativo e sua aplicabilidade imediata. Ocorre que isso acabou conduzindo a atuação de alguns setores do Poder Judiciário à aplicação do direito à saúde como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do indivíduo contra o Estado (LIMA, 2013).

Assim, de uma situação em que se defendia que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, passou-se a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação por parte do Estado, sob o argumento de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido, tendo o Estado a obrigação de fornecer irrestritamente o direito, sem quaisquer outras considerações.

Contudo, Lima (2013) entende que se deve buscar um modelo que concretize o direito à saúde como relação de justiça social, na forma do art. 193 da Constituição, com a discussão de critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional, nos termos do art. 196, da CF/88.

Prossegue Lima (2013), que a Constituição de 1988 dispõe que o direito à saúde é um direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social (art. 193). A justiça social, por sua vez, visa diretamente ao bem comum, e apenas indiretamente ao bem de um particular, consistindo, assim, em ações devidas à comunidade como um todo, sendo o benefício a cada membro da comunidade apenas indireto.

Assim sendo, não se pode conceber o direito à saúde como um poder ilimitado a ser exercido individualmente contra o Estado e à margem da comunidade. Em um Estado Democrático de Direito no qual tem por finalidade a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I da CF), os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões apenas individuais, devendo necessariamente ser integrados com as pretensões da comunidade como um todo.

A simples restrição orçamentária não autoriza o ente público a deixar de cumprir seu dever de prestação na área da saúde, nem pode o Estado alegar simplesmente a reserva do possível para se eximir de suas obrigações constitucionais na área social, situação que pode e deve ser examinada pelo Poder Judiciário, para verificação da efetiva impossibilidade da prestação efetiva do direito, *in casu*, o direito à saúde.

No entanto, Lima (2013) defende que a limitação de recursos públicos, especialmente num País como o Brasil, é um fato que deve ser considerado, sendo uma utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer País do mundo, nem mesmo naqueles mais desenvolvidos economicamente.

Especificamente na área da saúde, a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, são aspectos que devem ser considerados em cada caso concreto, seja para determinar ao Estado o fornecimento, seja para eximi-lo de tal obrigação. Para tanto, quando da análise de fornecimento ou não de tal direito, deve-se analisar o seguinte binômio: a razoabilidade da pretensão individual e/ou social em face do Poder Público; e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas requeridas.

Desta forma, o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre afetado pela reserva do possível, seja pela disponibilidade de recursos existentes ou pela capacidade jurídica e técnica de dipor desses direitos

Por outro lado, a garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial para uma existência digna opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto as

omissões quanto medidas de proteção insuficientes por parte do Estado. Portanto, tratando-se do mínimo existencial, via de regra, questões relativas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento para não satisfazer o direito e exigir o cumprimento dos deveres.

As prestações no âmbito do mínimo existencial, como no caso o direito saúde, em que o impacto econômico do Estado seguidamente é muito expressivo (se compararmos com o custo de outros direitos relativos ao mínimo existencial, tais como moradia e o ensino fundamental), não afasta a possibilidade e necessidade de se discutir uma série de questões daí emergentes (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Assim, a efetiva necessidade do direito à saúde deverá ter um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade, subsidiariedade e proporcionalidade. Considerando o princípio da isonomia e da proporcionalidade, vemos que o tema da gratuidade universal do acesso à saúde merece ser cada vez mais discutido, pelo menos para efeitos de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, maximizando o acesso do número de pessoas abrangidas pelo sistema e buscando uma maior qualidade dos serviços (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Desta forma, a universalidade do direito à saúde prevista na Constituição Federal de 1988 não traz, por si só, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita pelo Estado, levando-se em conta as questões vinculadas à reserva do possível, ou seja, não somente questões orçamentárias e financeiras, mas também outros aspectos, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc., bem como a situação econômica do requerente.

Além disso, a decisão sobre a garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais apurado sobre a pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes.

Isso não significa que se concorde com o entendimento de que não pode ser imposto ao Estado medicamento ou procedimento muito oneroso, da mesma forma como não se está concordando com as decisões judiciais que reconheçam apenas a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o fornecimento de bens ou serviços previstos na legislação. O que se pretende demonstrar é que as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de

resto, ser adequado ao tratamento naquele caso, devendo, portanto, as decisões judiciais observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em cada caso concreto.

Por exemplo, não se mostra razoável compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes, ou que foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado. Também, não seria razoável a imposição de prestação de determinada “marca” de remédio, quando existente outra opção, similar em segurança e eficiência, mas de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio SUS, optando pelos medicamentos “genéricos”, desde que assegurada a sua segurança e eficácia no resultado.

Neste sentido é o entendimento de Sarlet (2013, p. 46/47):

“(…) o que mais importa, ao fim e ao cabo, é que não se confunda a necessidade de se levar a sério todas as dimensões e conexões da reserva do possível (embora sempre com reservas, como bem destacou o já lembrado Juarez Freitas) com a inaceitável obstaculização da plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, inclusive no que diz com a sua exigibilidade, não apenas na condição de um direito derivado (de igual acesso às prestações já estabelecidas na legislação infraconstitucional), mas também como direito subjetivo originário e definitivo a prestações, o que se revela ainda mais premente em matéria tão sensível como a da saúde e da vida humana”.

Portanto, deve-se analisar, em cada caso concreto, o que efetivamente representa o mínimo existencial e qual a necessidade – não apenas financeira – de dar atendimento ao pleito, em atenção à garantia do mínimo existencial.

6. CONCLUSÃO

O direito à saúde está previsto expressamente no Título VIII – Da ordem social, no capítulo II – da Seguridade Social e na Seção II – da Saúde, se insere o artigo 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: “*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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Assim, o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado através de prestações materiais, por se constituir em direito fundamental social de aplicabilidade imediata. Contudo, não pode ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e

ilimitada, mas sim como um direito de justiça social, eis que se mostra inadequada a sua concretização a concepção de direito subjetivo como poder absoluto a ser exercido contra o Estado.

No Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito ao mínimo existencial, a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, da CF/88). A previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial.

Contudo, diante das questões políticas, econômicas e financeiras do Estado na concretização de direitos, parte do conceito do mínimo existencial é impregnado por um discurso retórico, especialmente quando os direitos sociais constitucionalmente previstos passam a ser judicializados na sua perspectiva de direitos fundamentais subjetivos. A tensão criada entre o direito postulado e a capacidade de recursos orçamentários e financeiros, acabou por ver a teoria do mínimo existencial similar ao mínimo vital.

Assim o Estado brasileiro acabou por tratar o mínimo existencial de forma quantitativa, ao contrário da jurisprudência alemã na qual vincula o mínimo existencial à noção de razoabilidade. Diante disso, a teoria que se prestava para garantir a dignidade humana passou a ser vista como algo a ser invocado nos casos de extrema vulnerabilidade social e econômica, acabando por invadir a esfera do mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, deixando de lado o objetivo de assegurar uma existência digna e, por consequência, afastando-se da garantia fundamental do mínimo existencial.

Assim, cabe aos órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Esta teoria não pode ser recorrentemente utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Ou seja, a simples restrição orçamentária não autoriza o ente público a deixar de cumprir seu dever de prestação na área da saúde, nem pode o Estado alegar simplesmente a reserva do possível para se eximir de suas obrigações constitucionais na área social, situação que pode e deve ser examinada pelo Poder Judiciário, para verificação da efetiva impossibilidade da prestação efetiva do direito, *in casu*, o direito à saúde.

Entretanto, não se pode conceber o direito à saúde como um poder ilimitado a ser exercido individualmente contra o Estado e à margem da comunidade. Em um Estado Democrático de Direito no qual tem por finalidade a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões apenas individuais, devendo necessariamente ser integrados com as pretensões da comunidade como um todo.

A universalidade do direito à saúde prevista na Constituição Federal de 1988 não traz, por si só, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita pelo Estado. Deve-se analisar em cada caso concreto as questões vinculadas à reserva do possível, ou seja, não somente questões orçamentárias e financeiras, mas também outros aspectos, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc., bem como a situação econômica do requerente.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido, na forma do art. 196 da Constituição, através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, observados os critérios racionais (ponderação e razoabilidade) de aplicação desse direito, como forma de garantia fundamental ao mínimo existencial.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Humberto. *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*. Revista da Faculdade de Direito as UFRGS, Porto Alegre, v. 19, p.177-178, mar, 2001.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 11/33; 65/70; 89/101.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007 p. 31-32.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação. Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 237/239.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. P. 352. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 2005. Página. 352.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 64/68; 290/296.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15/46.