III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-311-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema "Saúde: segurança humana para democracia", promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, "Saúde: segurança humana para democracia".

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto "políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP"; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o "vírus da fome", a insegurança alimentar no brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de política públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A JURISDICIONALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA REVISITAÇÃO AO INSTITUTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH, THE PRINCIPLE OF RESERVING THE POSSIBLE AND THE JURISDICTIONALIZATION OF HEALTH: A REVISIT TO THE INSTITUTE IN TIMES OF PANDEMIC

Hugo Lázaro Marques Martins [1]

Resumo

Este trabalho apresenta a evolução histórica da reserva do possível, adotado preliminarmente na Alemanha e institucionalizada objetivando promover a efetivação dos direitos sociais, através de igualdade. Analisa-se o dever do Estado em garantir o direito fundamental à saúde em face ao princípio da reserva do possível, onde o Estado faz aquilo que está à sua medida para concretizar esse direito. Destaca-se a deficiência do Estado em cumprir e fazer cumprir o direito à saúde e inevitabilidade da intervenção judicial, através de reiteradas ações judiciais de alegações sobre o princípio da reserva do possível, envolvendo o Estado e seus principais argumentos.

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

Abstract/Resumen/Résumé

This work presents the historical evolution of the reserve of the possible, preliminarily adopted in Germany and institutionalized in order to promote the realization of social rights, through equality. The duty of the State to guarantee the fundamental right to health is analyzed in the light of the principle of reserving the possible, where the State does what it can to fulfill that right. The State's deficiency in fulfilling and enforcing the right to health and the inevitability of judicial intervention is highlighted, through repeated lawsuits alleging the principle of reserve the possible, involving the State and its main arguments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of the human person, Equality, Reservation possible, Health, Judicialization

[1] PhD em Direito Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra - Portugal; Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC-MG; Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN; Advogado e Professor Universitário

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Será mostrada ainda a apresentação reiterada em processos judiciais de alegações sobre o princípio da reserva do possível, envolvendo o Estado e seus principais argumentos, a que

vem se valendo e se beneficiando à custa dos cidadãos, que são partes vencidas no poder judiciário.

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

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

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

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

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Já o método de procedimento adotado foi o histórico e comparativo.

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

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A carta magna expressa claramente em seu artigo 5º inciso XLI "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". A interpretação que se deve fazer do inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal é que a lei punirá qualquer forma de

discriminação que venha atentar contra a os direitos e liberdades fundamentais, entendidas como a honra, a dignidade, o direito a um ambiente de trabalho saudável, o direito a igualdade, dentre tantos outros.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse contexto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, pois a adequação exige que as restrições adotadas sejam aptas a alcançar o objetivo pretendido. Por isso, a lei restritiva

de direitos fundamentais deverá observar os critérios acima descritos, entre os quais o da proporcionalidade, sob pena de ser tal medida inconstitucional.

3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

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

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

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

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

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

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

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

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

No entendimento de Aaron Hillel Swartz (2001, p. 19), "a questão de escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas pensam que quando a saúde e a vida

estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento de custo com tratamento tornou essa posição insustentável".

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

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

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

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

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

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

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

pensada justamente para justificar o elemento que seria deixado temporariamente de lado, também chamadas de escolhas trágicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Dessa forma, a reserva do possível não pode ser invocada pelo executivo, por exemplo, para deixar de cumprir suas obrigações sociais pela simples desculpa de limitação de recursos financeiros diante das necessidades ao cidadão, a serem supridas pela sua própria gestão.

Dessarte, Lima e Melo citado por Mello (2006, p. 233), sobre o Princípio da Reserva do Possível, descreve que:

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

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

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

4 GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

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

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

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

O mínimo existencial também é objeto de análise por Barcellos (2002, p. 89), que o identifica como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

O princípio do mínimo existencial surge nessa seara e tem sido invocado, em contraponto, mesmo diante de um quadro de falta de recursos. Nesses casos, o poder público

deve garantir um mínimo necessário para existência mínima da população. Isso está presente em muitas causas de reivindicação de medicamentos de preços exorbitantes, porém essenciais.

Ingo Sarlet citado por Zenaida Tatiana Monteiro Andrade (2007, P.119), sobre o assunto, diz que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA

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

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

As Constituições brasileiras anteriores à atual não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que elas traziam regulamentos tratando dessa temática, sobretudo com o propósito de definir competências legislativas e administrativas. Porém, a CR/88 foi a pioneira em tratar e dar a devida importância à saúde, considerando-a como direito social-fundamental, em consonância às principais declarações internacionais de direitos humanos.

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

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

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

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

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

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

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

Após a promulgação da Constituição Cidadã, foi criada a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes". Ela surgiu primordialmente com o objetivo de efetivar o Direito Constitucional à Saúde a partir de um Sistema Único de Saúde (SUS), definindo em seu primeiro:

> Em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado. (BRASIL, 1990).

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

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

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

> Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

> outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

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

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

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

De mais a mais, verifica-se que o legislador inseriu no ordenamento, de forma abrangente, a preocupação em diminuir riscos à saúde da pessoa, conforme reza em seu art. 196, *caput*. Já segundo Mendes (2003, p. 11), saúde seria:

> Condição em que um indivíduo ou grupo de indivíduos é capaz de realizar suas aspirações, satisfazer suas necessidades e mudar ou enfrentar o ambiente [...]. É um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para tratar com tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais; com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea.

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

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

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

6. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Mais recentemente, o STF vem temperando essa jurisprudência ao reconhecer o papel central dos demais poderes na formulação de políticas públicas. Sem abandonar a caracterização da saúde como direito fundamental, o Tribunal admite que seu cumprimento judicial é excepcional e dar-se-á em casos de abusiva inação do poder público diante do mínimo existencial. Por exemplo, na decisão monocrática da ADPF nº. 45, o Min. Celso de Mello asseverou: É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] Tal incumbência, no entanto, embora com bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do endividou, aí, então, justificar-se-á como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

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

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

> Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, reconhecendo-se o sujeito como detentor do direito e o Estado o seu devedor, pressupondo o art. 196 da CF a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de
> saúde para a sua promoção, proteção e recuperação. O dever de assistência à saúde dos cidadãos surge como uma das formas de garantia do direito à vida, localizado no caput do art. 5º da CF, caracterizando-se, pois, como cláusula pétrea, de modo a impedir que o legislador, assim como o administrador, criem situações que impliquem esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional. Para além da estreita relação com o direito à vida, o direito à assistência à saúde possui intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se conclui que

> qualquer previsão legal, bem como quaisquer atitudes tomadas pelo Poder Público que provoquem o esvaziamento do direito à vida, trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição. À unanimidade de votos, negou-se provimento do presente recurso, mantendo-se os termos da decisão monocrática. (BRASIL. TJPE, 2012).

Assim, caso o Estado não possa oportunizar diretamente um tratamento ou, quando um procedimento não é assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado na legislação, deve, com base no princípio da isonomia, à Administração Pública, por meio da aplicação de critérios médico-científicos (através de laudos médicos e exames), promover e financiar cuidados essenciais por outros meios, sempre com o objetivo de garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária inerente à política nacional de saúde.

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

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

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

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

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

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

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

De acordo com Lenza (2008, p. 75)

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

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

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

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Na verdade, sabemos que todos os direitos deveria ter aplicabilidade imediata, seja no caso dos direitos humanos internacionais, seja no caso os direitos fundamentais, nos termos de nossa constituição.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. REFERÊNCIAS

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

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

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 18 edição, Melheiros Editores, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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