

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA EXIGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ABORDAGEM SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A SUA NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO

Quelen Brondani de Aquino¹

Valéria Cristina de Oliveira²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o direito fundamental à saúde, a partir de uma abordagem histórica e constitucional, neste viés, busca-se relacionar tal direito, quando levadas as demandas ao Poder Judiciário, aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Para tanto, inicia-se o estudo, fazendo uma análise a evolução dos direitos fundamentais; na sequência, aborda-se o reconhecimento direito fundamental à saúde, a partir de uma digressão histórica; por fim, relaciona-se este direito fundamental com o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, ambos suscitados no âmbito do Poder Judiciário, quando das demandas de efetivação do acesso à saúde. Em que pese se tratar de um direito prestacional, este direito necessita para sua efetivação de recursos públicos. Estes recursos por serem de natureza transitória, requerem escolhas alternadas por parte dos gestores públicos. O desenvolvimento do mínimo existencial, torna-se banal a partir do questionamento, até que ponto pode-se diminuir o direito à saúde á limitações orçamentárias, tendo em vista sua especificação como direito subjetivo. Utiliza-se como método de abordagem, o dedutivo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present article aims to discuss the fundamental right to health, based on a historical and constitutional approach, in this bias, it is sought to relate this right, when brought to the demands of the Judiciary, to the principles of the reserve of the possible and the minimum existential To do so, the study begins, analyzing the evolution of fundamental rights; in the sequence, it is approached the recognition of the fundamental right to health, based on a historical digression; Finally, this fundamental right is related to the principle of the reserve of the possible and the existential minimum, both raised in the scope of the Judiciary, when the demands of effective access to health. In spite of being a right benefit, this right needs for its effectiveness of public resources. These resources, because they are transitory in nature, require alternate.

Key-words: Fundamental rights. Right to health. Minimum existential. Possible Reserve.

¹ Mestre em Direito, com Bolsa Capes, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local pelo Instituto Federal Farroupilha. Bacharel em Direito. Professora Orientadora de Trabalhos de Conclusão de Curso do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. E-mail: qbrondani@gmail.com

² Graduanda em Direito - Faculdade Dom Alberto.

INTRODUÇÃO

A finalidade do referido artigo é abordar o direito à saúde sobre o enfoque constitucional, discorrendo sobre sua evolução histórica enquanto direito fundamental, neste viés, correlaciona-se o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, ao mesmo tempo como sendo uma prestação positiva prioritária que deve ser cumprida por parte do Estado, norteando a discussão sobre a exigibilidade e efetividade deste direito fundamental frente às demandas ao ente estatal na espécie de requisito indispensável para o conseguimento do objetivo constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como é notório, o direito a saúde é um direito fundamental e integra um dos deveres do Estado tendo sua previsão legal e constitucional elencada nos artigos 6º e 196. Desta forma, a saúde é um direito de todos que deve ser assegurado e prestado pelo Poder Público de maneira que todos os cidadãos tenham acesso a esta prestação.

Será contextualizado, em consonância, o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, correlacionando-os com as questões atinentes no que tange a escassez na área da saúde e a carência de escolher o usuário para os recursos existentes. Observa-se, desta forma, de antemão, uma linha nada tênue entre o que é aguardado e o que é concedido pelo Estado. No que tange aos métodos de pesquisa, para este estudo, apropriou-se do método dedutivo de abordagem, e como técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com brevidade e com um olhar voltado para uma análise mais histórica, destaca-se que os Direitos Fundamentais foram vistos inicialmente como forma de garantir ao homem seus direitos. A Constituição Federal de 1988 cuidou dos direitos fundamentais em seu artigo 5º (Título II), afirmando a completa inclusão destes comandos no ordenamento jurídico superior.

No princípio, a sociedade sofreu significativas transformações, sendo elas políticas, sociais e jurídicas, bem como também o liberalismo tais modificações

tenham como intuito descrever o contexto histórico dos direitos fundamentais, individuais e sociais, tal como as suas dimensões conforme a atual Constituição Federal de 1988.

A ciência jurídica, por estar diretamente correlacionada e inerente à existência da vida no contexto social, passou e ainda passa por um processo contínuo de modificação, vindo a sofrer grandes avanços e também consideráveis retrocessos, que na maioria das vezes resultaram inúmeros séculos de combates e uma luta incansável por uma sociedade e mundo mais justo.

O início dos direitos fundamentais acha-se amparado já na Idade Antiga, Idade Média e também no princípio da Idade Moderna, bem como a maior parte das ideias que esclarecem a existência destes direitos tem no contexto histórico os fundamentos mais relevantes.

Essas considerações tratam dos direitos essenciais à pessoa humana, sendo que os direitos humanos e direitos fundamentais estão ligados intimamente a história, lapidados com o passar dos anos e gerando frutos diante dos embates travados contra as injustiças no decorrer dos anos.

Neste sentido, Bobbio (1992, p. 5) esclarece:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”

A importância destes direitos acha-se no empenho do preâmbulo da Constituição Federal, encontra-se nesse contexto a intenção de que a Assembléia Constituinte teve como utopia basilar o propósito de “[...] instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” (BRASIL, 1988).

No princípio, os direitos e garantias fundamentais apareceram como um delimitador e trataram do controle das atuações do ente Estatal e das autoridades de vinculação a este. Sua origem teve como propósito principal a proteção da liberdade de cada indivíduo em relação à ação tirânica do Estado.

Bobbio (1992, p. 4) descreve com detalhes acerca dos deveres do Estado quando dirigidos ao homem:

Os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/súdito relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.

Deste modo, os direitos fundamentais se tornam relevantes quando se entende que a sociedade, primeiramente, tem direitos e logo após deveres e que em sentido contrário, o ente Estatal tem como premissas, os deveres para com os indivíduos e após os direitos.

Os Direitos Fundamentais seguem juntamente com o denominado regime democrático devido à suma importância no contexto social, sendo assim, estes direitos consagrados fundamentais somente serão eficazes plenamente, quando amparados no âmbito social democraticamente constituído.

Desta forma, há de se considerar a relevância que os Direitos Fundamentais têm frente à sociedade, traduzido pela Constituição Federal, estes direitos se fazem imprescindíveis, acautelando-se no tocante principalmente ao que diz respeito a sua eficácia, sua real execução, tal como os embates que surgem em meio a princípios dos direitos e garantias fundamentais.

Contudo, não restam dúvidas de que os ditos direitos fundamentais representam uma conquista frente à sociedade democrática de direito, anunciando que os direitos do cidadão estão postos como prioridade com relação aos deveres prestacionais do Estado, fazendo com que o ente garanta condições favoráveis de vida para o indivíduo que é sujeito de direitos fundamentais.

No tocante a importância que estes direitos devem receber na projeção do campo futuro, observa-se que há uma necessidade de resguardar não a fundamentação destes direitos fundamentais, porém, o cuidado que será dispensado quanto à forma de garantir a sua plena efetividade.

Desta forma, constata-se, preliminarmente, que os direitos fundamentais atestam neste contexto, uma trajetória árdua na qual passou a sociedade, até obter tal entendimento. Nos dias atuais, busca-se a sua aplicabilidade e concretização

através de alternativas que demonstrem sua efetiva garantia, servindo de base para uma sociedade plena.

3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Acerca do direito fundamental à saúde, não há o que se discutir sobre a efetividade deste direito, este que se constitui como sendo o direito básico e primordial do ser humano, tendo grande importância e relevância para a sociedade, é desígnio para o bem-estar, qualidade de vida e dignidade de qualquer cidadão, ou seja, para que uma pessoa possa ter uma vida digna ela necessita de saúde. Não podendo ser tratado como algo complementar na vida do ser humano, uma vez que, é direito positivado na Constituição Federal de 1988, contudo para que este direito seja efetivado é imprescindível que haja um esforço concomitante de diversos agentes no tocante a interpretação das normas sociais e sua real efetividade.

A Carta Cidadã preceitua como sendo um de seus propósitos basilares a garantia e oferta dos direitos fundamentais, o direito à saúde que consiste em um direito fundamental que tem previsão expressa na Constituição, estando expressamente elencado nos artigos 6º e 196. Como mencionado, impondo ao Estado a cumprir este dever, como uma prestação positiva, assegurando desta forma as necessidades básicas do ser humano.

Como salienta Canotilho (1993, p.408), compete aos direitos fundamentais:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Denominam-se, direitos fundamentais porque se tornam indispensáveis para a vida de qualquer ser humano, em resposta ao fundamento da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Preconiza José Afonso da Silva (2005, p. 178) que o termo citado direitos fundamentais do homem, seria o mais acertado a norma:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Definem-se os ditos direitos fundamentais como sendo direitos subjetivos, ou seja, numa acepção individualista, o direito subjetivo resulta da posição de sujeição de um indivíduo que, por força de uma relação jurídica, encontra-se vinculado e obrigado a satisfazer determinado direito de outrem, que o titulariza (KELSEN, 1996). Sendo estes positivados ou não no texto constitucional, tem sua aplicabilidade às relações entre as pessoas e a sociedade ou o Estado.

No transcurso histórico da evolução se formaram as denominadas gerações de direitos ligadas ao momento histórico condizente.

Os direitos fundamentais, que compõem a primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, e liberdades públicas. Este momento tem por característica evidenciada a revolta que foi promulgada pela população contra a opressão sofrida pelo monarca.

Segundo, Sarlet (2005, p. 55) assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jus naturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Todavia, os direitos da segunda geração são aqueles voltados para os direitos sociais, econômicos e culturais. Caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa (SARLET, 2005).

Sendo que em vez de se recusar e não atender o petitório da sociedade, o ente estatal teria de intervir positivamente nas relações socioeconômicas estabelecida entre os cidadãos, para assegurar-lhes a igualdade, traçando-se continuamente à busca da dignidade da pessoa humana.

Logo, os direitos de terceira geração são a solidariedade ou a fraternidade, da mesma forma o direito a um meio ambiente estável, com uma qualidade de vida saudável, ao progresso, à paz, à autodeterminação e integração dos povos, dentre outras coisas.

Assim, o direito à saúde consubstancia-se como um direito de segunda geração, como um verdadeiro direito social, como um direito de prestação, ou seja, um direito social prestacional, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal. (BONAVIDES, 2000, p. 525)

Os efeitos das duas Grandes Guerras fizeram a sociedade e o Direito repensarem o indivíduo dentro de uma nova dimensão de direitos fundamentais, enaltecendo-o especialmente sob o aspecto social. (BONAVIDES, 2000, p. 525)

Para Sarmiento (2006, p. 225), contudo a triste constatação de que o Estado nem sempre é confiável:

[...] na proteção dos direitos humanos, e de que pode ser responsável pela violação maciça destes direitos humanos, como ocorreu na Alemanha nazista, levou à construção de um Direito Internacional dos Direitos Humanos. A premissa em que vai se assentar este novo ramo do Direito Internacional traduz-se na idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se restringir à competência exclusiva dos Estados, ou à jurisdição doméstica privativa dos mesmos. Esta nova concepção vai importar, por um lado, na relativização da noção de soberania estatal absoluta, e por outro, no progressivo reconhecimento da pessoa da humana como sujeito de direito.

Neste viés, tem-se um direito social inerente ao ser humano, que deveria ser protegido e priorizado pelo ente estatal, contudo, por vezes é pormenorizado fazendo com que as demandas relativas ao Direito à saúde, não sejam atendidas, violando assim princípios constitucionais que asseguram ao povo este direito. Direito a ter uma vida digna e isso implica diretamente em se ter uma saúde plena e assegurada pelo Estado.

O direito à saúde está especificado no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante de tal enunciado, é relevante fazer algumas considerações sobre a historicidade do direito fundamenta à saúde.

Destarte, a saúde tornou-se um direito público considerado subjetivo com caráter de inerência ao ser humano, conforme Dallari (1995), a terminologia “saúde” representa tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar. Desta forma, o poder público busca efetivá-la por meio de políticas públicas tanto preventivas, como curativas.

A sucinta história do direito à saúde pública no ordenamento pátrio deu-se de maneira distinta em meados do século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa atendo-se a programas de combate à lepra e à peste, com realização de controle sanitário nas ruas e nos portos (BARROSO, 2007). Contudo, além da chegada da Corte Portuguesa no Brasil, outro aspecto gerou a aplicabilidade de certo sistema curativo de saúde, de tal maneira para as classes mais destacadas da sociedade, bem como para as classes menos favorecidas com intento de conter a propagação da epidemia de febre amarela, varíola e peste, pois estas epidemias estavam afastando os compradores de café daquela época.

No sentido, de livrar o país destas epidemias e assim evitar a perda dos mercados de café, bem como para manter os olhares voltados para o país, acentuou-se basicamente nos portos e nas estradas, denominados “espaço de circulação de mercadoria”, um paradigma de campanha, onde baseava-se em experiências dos ditos serviços de saúde dos típicos exércitos coloniais, sendo que o modo operacional conservava a base e modelo militar. Tratando-se de um modelo, considerado até repressivo pela forma que se era aplicada, com intervenções médicas nos corpos individuais e sociais (SILVA *et al* 2010))

Todavia, este referido modelo tido como repressivo, e denominado de “campanhista”, não sofreu modificações no transcurso dos séculos XIX e início do XX, houve sim, um acréscimo no número de contensão a doenças. Como preconiza na passagem abaixo mencionada:

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuam para os institutos de previdência. (BARROSO, 2008, p. 20).

Segundo Carvalho e Pinto (2011, p. 8) é na Constituição de 1934, conforme artigo 10, II, que intitula o dever de cuidar da saúde e assistência pública, como competência concorrente entre a União e os Estados. Assim, começa a surgir um interesse real pelo bem estar físico da pessoa humana.

A Constituição de 1934 também dispõe que é “obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias” (Art. 141), e também, não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos (Art.142), inclusive aquelas referentes à saúde. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 8).

Asseguram Carvalho e Pinto (2011, p. 08), que toda preocupação com a saúde na Era Vargas, não fosse por compaixão com a comunidade brasileira, nem tão pouco por conscientização estatal ou pela trajetória do direito à saúde no país. Mas sim, como forma de mascarar o Estado autoritário que se formava. Apesar de se orgulhar da criação de suas políticas de saúde, a muitos brasileiros restou à morte, por não conseguirem ajuda médica necessária, pois a maioria fora tratada como párias da sociedade. Apesar de se ter declarado na Constituição vigente na época era dever e responsabilidade estatal cuidar da saúde da população.

Contudo, diante da troca de governo e o retorno da redemocratização, as tais políticas de saúde se mantiveram a serviço do respeito e importância pública. O Ministério da Saúde teve sua criação instituída no dia 25 de julho de 1953, dividindo-se o Ministério da Saúde e Educação, através da Lei 1.920. Todavia, este Ministério possui recursos financeiros precários tornando-se até escassos e a estrutura burocrática que regia este sistema impedia o progresso de políticas e prestações à saúde.

A escassez de recursos à saúde foi tão grande, que a Organização Pan-Americana de Saúde (órgão regional da Organização Mundial da Saúde), precisou atuar diretamente no combate da malária no Brasil. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 10).

Até aquele momento o Direito a saúde havia sido abordado como um direito coletivo, porém, foi na época da Ditadura Militar que este direito passa a ser individual. Uma vez que a saúde era assegurada totalmente apenas aos trabalhadores que fossem do trabalho formal. Uma vez que, ocorreu a junção da

Previdência Social com os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), ou seja, os trabalhadores do mercado informal e aqueles que não possuíam emprego, não se encontravam amparados pelo Poder Público, em questões de direito à saúde. (BARROSO, 2008, p. 14)

Barroso (2008) esclarece que neste período foram criados Serviços de Assistência Médica Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Na qual, todo trabalhador de carteira assinada era contribuinte e beneficiário de tal serviço, podendo usufruir da saúde pública, todavia os trabalhadores informais não tinham acesso ao benefício e voltavam a se enquadrar no que ocorria no século XIX.

No advento da redemocratização e a definição da Constituição de 1988, percebe-se que o legislador teve um olhar mais cauteloso voltado para os Direitos Fundamentais e sociais. Diante disto, a vigente Constituição Cidadã passou a ser a primeira a garantir este direito a todos, incluindo os estrangeiros. De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008, p. 2):

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF), que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV).

Diante disto compreende-se que o direito à saúde, ora, positivado na Constituição de 1988 ganhou destaque, por ser garantido universalmente, tendo sua eficácia imediata com acesso igualitário e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, sendo assegurado como um direito fundamental.

3 O Direito Fundamental à Saúde sob a luz da reserva do possível e do mínimo existencial frente às demandas judiciais

Para a não efetivação do direito fundamental à saúde, muitas das vezes o Estado alega a cláusula da reserva do possível, aduzindo ausência de recursos financeiros. Com o objetivo de uma melhor compreensão deste princípio será feita uma breve explanação de sua origem, e como é ajustado pelo ente estatal.

Pena (2011) explica que o instituto da reserva do possível esta consubstanciado na ideia de que o dever impossível não pode ser exigido. Este instituto tem início na doutrina constitucionalista alemã do controle ao acesso ao ensino universitário de um estudante.

Neste caso, a referida Corte alemã observou a demanda judicial promovida por um grupo de estudantes que não haviam sido permitidos estudarem em escolas de medicina de Hamburgo e Munique por causa da política que delimitava o número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha no ano de 1960. A petição teve embasamento no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, conforme a qual todos os alemães têm direito a optar espontaneamente sua pretensa profissão, bem como local de trabalho e seu centro de formação. (PENA, 2011)

Ao dirimir a questão, o Tribunal Constitucional compreendeu que o direito à prestação positiva, o acréscimo do número de vagas na universidade, sujeita-se à reserva do possível, no curso sobremaneira daquilo que o indivíduo pode esperar, na conjuntura racional, da sociedade.

Preconiza, Sarlet (2003, p. 265), o Tribunal alemão entendeu que

“[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispor o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que se mantenha nos limites do razoável”.

Constata-se, em vista disso, que a reserva do possível, em sua origem, não está relacionada unicamente à existência de recursos materiais e/ou financeiros, eficazes para a concretização dos ditos direitos sociais, mas, sim, à ponderação do convencimento proposto frente à sua concreção. Desta forma, a reserva do possível começou a ser recorrida de forma imoderada, sendo aplicada não com

proporcionalidade ou razoabilidade para renúncia do Estado na consumação dos Direitos Fundamentais, mas como uma forma de justificativa para a escassez de tais recursos. Segundo cita o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Celso Melo:

Nesse sentido, o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva). (SARLET; MARIONINI; MITIDIERO, 2012, p. 574).

Todavia, o princípio do mínimo existencial está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, destacando direitos mínimos e qualidade de vida, importantes para a sobrevivência dos seres humanos, princípio este tido como de tutela da própria humanidade, carregando consigo autonomia e a liberdade de todos.

Contudo, o direito à saúde é um direito tido como ilimitado e precisa ser cumprido independentemente de demandas orçamentárias, ainda que o Brasil seja visto como um país que auxilia o povo no tocante à saúde pública, as carências para a efetivação deste direito são inúmeras, não restando outra forma a não ser recorrer ao judiciário,

Por motivos de desídia ou desigualdade do Poder Executivo em dar assistência à população ofertando os serviços básicos à saúde, o Poder Judiciário começou a fiscalizar e em muitos casos também assegurou a população seu direito fundamental protegido por lei.

Acontece que, por motivo de diversas ações ajuizadas, o Estado se socorre da utilização da tese da reserva do possível. Tese esta que entende que o Estado deve restringir seu orçamento, ficando assim, limitado o investimento de toda sua finança pública na saúde, considerando-se que existem outros serviços públicos de grande importância que não podem ser implicados, isto é, a alegação de escassez de recursos do Estado torna-se um impedimento a concreção dos direitos fundamentais, neste caso específico o direito fundamental à saúde.

Deste modo, observa-se um conflito direto com o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana. Imprescindível destacar que para a aplicação da reserva do possível, é necessário que se faça uma análise nos gastos econômicos

do Estado para aferir que há também outros direitos sociais assegurados que precisam do orçamento público.

No Brasil, pode-se citar a arguição de preceito fundamental sob número 45 como sendo uma das mais importantes decisões sobre o tema, menciona-se que a ADPF 45 reconhece que a reserva do possível e o mínimo existencial conseguem conviver de maneira civilizada no ordenamento jurídico e econômico, fazendo a observação peculiar do binômio razoabilidade da demanda x disponibilidade orçamentária do Estado:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. ADPF 45. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Observando a supramencionada decisão, fica comprovado que alegar limites orçamentários, recorrendo à reserva do possível, por si só, não tem a faculdade de justificar o desinteresse do Estado, principalmente nos casos em que se é discutido a efetivação do mínimo existencial de certo direito fundamental. Em que pese os limites orçamentários serem um fato, no tocante ao mínimo existencial de um direito fundamental e não houver clara impossibilidade objetiva relatada, a falta de cuidado administrativa não encontra fundamento na reserva do possível.

No entanto, da mesma forma o que não pode acontecer é o Poder Judiciário, atento as demandas dos cidadãos para conseguirem determinadas prestações judiciais, determinar as já mencionadas prestações que sejam efetuadas sem

ponderar os argumentos expostos pela administração Pública, que, naquela oportunidade, encontrou-se impossibilitado de atender as demandas em questão.

Sendo assim, esse tipo de decisão proferida pelo Judiciário, onde não existe uma investigação minuciosa do caso concreto, pode trazer como resultados gravosos problemas para a Administração Pública, sendo que para o gestor conseguir efetivar o deliberado nas mencionadas decisões judiciais, inúmeras vezes tem que se recolher os recursos de uma área já especificada para serem aplicados de acordo com a ordem judicial determinante.

Todavia, esse contexto promove uma ofensa direta ao princípio constitucional da igualdade, pois para realizar determinada ordem judicial e, em decorrência, favorecer um indivíduo específico, muitas vezes o Poder Público, ora já mencionado, se vê obrigado a alocar verbas de outra área, trazendo prejuízo a população que delas dependiam.

Por isso, o Judiciário quando provocado tem grande responsabilidade ao averiguar os casos, sem adentrar pormenorizadamente no binômio ora já citado, é de suma importância destacar que o princípio da proporcionalidade tem que ser observado em cada caso concreto, a população não pode pagar com sua própria vida face um Estado que não se preocupa em concretizar as medidas fundamentais a uma existência digna para sobrevivência do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, conclui-se que é evidente que o direito à saúde teve uma extensa trajetória de embates até alcançar o seu positivismo de maneira que defenda um direito em sua completude e não somente quando ligado a certas situações. A saúde é um direito de natureza subjetiva pública, ou seja, tem que ser assegurada pelo Estado por meio de ações positivas, não basta apenas o Estado arguir o princípio da reserva do possível frente a uma demanda judicial, este deve ter como base o princípio da razoabilidade, visto que o cidadão tem garantido o direito ao mínimo para sua existência, cumprindo ao Estado atender mesmo que por tempo determinado a carência. Sendo assim, a reserva do possível não deve ser usada como desculpa para o direito a um atendimento médico.

Outrossim, deve-se observar o mínimo existencial, sempre que se fizer presente, terá um direito subjetivo a prestações do Poder Público, tendo de se sobressair à vida e a dignidade da pessoa humana, que está diretamente ligada à saúde, visto que sem saúde não se tem vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. In: **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Brasília, 29 de abril de 2004. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)>. Acesso em: 16 set. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (Versão provisória para debate público). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia, n. 2, v. 4, p. 01-22, jan 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/issue/view/315>. Acesso em: 28 abr. 2017.

DALLARI, Sueli Grandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995. Disponível em: <https://acassanji.jusbrasil.com.br/artigos/189303048/direito-a-saude-minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>. Acessado em: 19 de setembro de 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PENA Isabela Leitão Paes. **Mínimo existencial, reserva do possível e direito fundamental à saúde**. 2011. 26 f. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2011, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação. [Orientadores: Profs. Nelson Tavares, Mônica Areal, Kátia Silva].

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção do direito à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Orgs.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p.1-35.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Cristiane Maria da Costa; MENEGHIM, Marcelo de Castro; PEREIRA, Antonio Carlos; MIALHE, Fábio Luiz. Educação em saúde: uma reflexão histórica de suas práticas. In: **Revista Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2010; vol. 15, n. 05: p. 2539-2550. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1413-812320100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 set. 2017.