

APLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO¹

Eduardo Fochesatto²

RESUMO

A presente monografia refere-se à pesquisa da reserva do possível e sua ponderação quando encontrada em dicotomia com o mínimo existencial. Os direitos fundamentais sociais que hoje estão esculpidos na Constituição Federal de 1988 passaram ao longo do tempo por uma série de transformações. Os direitos fundamentais foram se desenvolvendo conforme a necessidade, continuando até hoje na doutrina e na jurisprudência a discussão quanto a sua real efetividade no direito brasileiro. Entretanto, esses direitos se tornam mais consistentes e discutidos quando a sua problemática envolve a preservação da vida humana, principalmente na seara da saúde, visto que a sua concretização nem sempre é eficaz. Ocorrendo isso, deve-se buscar a efetivação pelo judiciário, porém este, ao procurar resolver da melhor forma possível, encontra um dilema entre a reserva do possível e o mínimo existencial para cada caso. Tendo em vista que essas duas teorias são legítimas, caberá então ao julgador, conforme a sua convicção, julgar o caso tendo como amparo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como será analisado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direitos sociais, Reserva do Possível e Mínimo Existencial.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Márcia Andrea Büring (orientador), Liane Tomé e Maria Regina de Azambuja Fay, em 27 de junho de 2012.

² Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: eduardofochesatto@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se ao mínimo existencial e à reserva do possível analisando-se essencialmente a atuação dos Tribunais perante essa dicotomia existente entre a escassez de recursos para determinados direitos sociais e o mínimo vital de cada indivíduo.

A Constituição Brasileira de 1988 ressurge como uma das maiores inovações frente aos direitos, que foi o aditamento de uma serie de direitos fundamentais: os denominados direitos fundamentais sociais que se encontram no Capítulo II do Título II (Dos Direitos Sociais), bem como nos Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social). Em nenhuma Constituição anterior foi dado tanto valor ao indivíduo. Podendo-se, então, verificar que os direitos sociais são imprescindíveis para a concretização da dignidade da pessoa humana.

A efetividade e aplicabilidade, principalmente dos direitos sociais, exigem uma atividade positiva e até mesmo negativa do Estado. Porém, para a real efetivação desses direitos, não há como fugir da sua adequação à realidade e à possibilidade fática da própria atividade prestacional.

Entretanto, temos ouvido e verificado cada vez mais nos dias atuais que os direitos sociais estão gradativamente encontrando dificuldades para serem concretizados, principalmente na seara da saúde. O governo relata que não há maior investimento porque não existem mais recursos para se investir nessa área. Os motivos aparentemente são a falta de verbas e políticas de redução de gastos - que não são cumpridas - ou até mesmo verbas públicas que são mal empregadas pelos nossos representantes.

Disso, surge a dicotomia entre a Reserva do possível e o Mínimo existencial. Tem-se de um lado o Estado dizendo que não há recursos para custear o tratamento médico, pois as verbas já foram devidamente aplicadas, e no outro lado princípios e fundamentos que garantem o acesso de todos para se ter uma vida digna para com o seu mínimo vital. Diariamente, inúmeras pessoas recorrem ao Ministério Público,

Defensoria Pública e advogados particulares para que o Estado forneça medicamentos e/ou tratamentos que necessitam diante da negativa do Estado. Nesse sentido, nota-se que o poder judiciário deve intervir para que o direito à saúde não se torne apenas uma convocação política, estando a critério do convencimento dos poderes executivos e legislativos.

Por fim, contemplou-se um capítulo dedicado ao estudo de casos que envolvem diretamente a problemática da reserva do possível perante o mínimo existencial. Tendo em vista esse conflito, veremos ao longo da presente monografia, como surgem estes dois conceitos, as situações onde são abordados e o conflito que surge entre o judiciário, executivo e legislativo no que tange a real efetividade do direito social à saúde.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor compreensão no decorrer do presente trabalho, precisa-se destarte, de forma breve e mais clara possível, fazer uma diferenciação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Embora existam autores que tratam os mesmos como sinônimos, a maioria da doutrina refere que existem algumas diferenças entre elas. As quais serão expostas a seguir.

Doutrinadores de tendências jusnaturalistas entendem que os direitos humanos são derivados da própria qualidade de pessoa humana. Entretanto esta ideia pode restringir o seu significado, pois ela exclui aqueles direitos decorrentes da evolução histórica, social, política e econômica que a civilização humana tem passado.

Portanto, deve-se, ao conceituar os direitos humanos, demonstrar que sua origem não se deu de uma hora para outra, e sim de que foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções e das modificações na realidade social,

na realidade política, na realidade industrial, na realidade econômica, enfim, de cada ato da atuação humana. Logo, pode-se dizer que os direitos humanos vêm de um processo longo para o seu reconhecimento nos dias atuais.

Já os direitos fundamentais surgem a partir do processo de positivação dos direitos humanos com o suporte de legislações positivas de direitos inerentes a pessoa humana.

Atualmente, a expressão direitos humanos está sendo usada para relacionar a pessoa humana quanto aos seus direitos inerentes em esfera internacional, enquanto os direitos fundamentais são reconhecidos em ordenamentos jurídicos específicos e positivados, sendo geralmente esculpidos em uma Constituição. Pode-se considerar, portanto, direitos humanos como aqueles que buscam a proteção do indivíduo em um âmbito universal e quanto aos direitos fundamentais esses surgem quando positivados em um ordenamento jurídico específico.³

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.⁴

Portanto, pode-se utilizar-se a expressão direitos humanos para designar o momento em que estes surgiram ou foram reconhecidos pela comunidade humana e à expressão direitos fundamentais para marcar a positivação destes direitos.

³ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais:** a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 18 abril de 2012, p. 81.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Como podemos ver, podemos afirmar que os direitos fundamentais se positivaram ao longo de uma história, de forma gradativa.⁵

Tem-se, então, que os direitos fundamentais variam o modo como são tratados nos diferentes Estados democráticos e que nem sempre serão os mesmos em diferentes épocas. Logo, pode-se dizer que os direitos fundamentais surgem como “herdeiros históricos” dos direitos humanos, que se desenvolveram por uma série de fatores ao longo de diversos anos.⁶

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações devido a sua necessidade e contexto histórico social. Essas mudanças referem-se tanto com respeito a seu conteúdo quanto à sua titularidade, eficácia e efetivação. Essas transformações foram denominadas pela doutrina como Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira, e existe ainda uma corrente que defenda a existência de uma Quarta Geração. Esses direitos seguem algumas características que serão analisadas a seguir.⁷

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Em certo marco da história, o poder concentrou-se nas mãos da monarquia. Com o passar do tempo, a classe social burguesa se sentiu oprimida e sem força alguma perante o Estado, já que era privada das “bondades” conferidas na época para a nobreza. Descontente, a burguesia se mostrava com ideais iluministas, mormente com relação à liberdade das pessoas e principalmente com relação à propriedade, contingenciando, assim, o poder do Estado frente à vida privada,

⁵ LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007, p. 26.

⁶ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

intervenção essa que claramente interrompeu as metas tanto econômicas quanto políticas do Estado.

Adquiriu-se, nesse quadro, direitos individuais ganhando bastante expressão principalmente os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e o direito à propriedade perante a lei, surgindo assim liberdades tanto civis (liberdades de expressão, imprensa, associação, etc.) como políticas (direito a voto e capacidade eleitoral passiva). Pressupõe-se então, que existiu uma separação entre o Estado e a Sociedade. Em suma, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão surgiram para impor uma limitação às atuações estatais perante a sociedade para que fossem reconhecidas suas liberdades.

Cláudio Lembo nos ensina:

São os direitos elaborados (visualizados) pelo pensamento liberal e procuram obstar a ação do Estado contra as pessoas. Essa geração de direitos busca preservar a vida, a integridade física, a liberdade, a dignidade, a intimidade e a inviolabilidade do domicílio⁸

Surgem, então, como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas como direito de defesa, delimitando a intervenção do Estado perante a sociedade, sendo assim, conhecidos como direitos de cunho “negativo”, pois visam a uma abstenção do Estado em suas atividades e não uma conduta positiva.

Pode-se então citar em relação à atual Constituição brasileira como direitos fundamentais de Primeira Dimensão os direitos à vida, à liberdade e à igualdade prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e derivados de tais direitos também se têm como exemplos de direitos fundamentais de Primeira Dimensão as liberdades de manifestação (art. 5, IV), de associação (art.5, XVII) e por fim, de voto (art. 14 *caput*).⁹

Nesse sentido, pode-se ver que a característica principal dos direitos fundamentais de Primeira Dimensão é independência de forma “negativa” do Estado

⁸ LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus direitos**. Barueri: Manole, 2007, p. 15.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

perante a sociedade, porém com o decorrer do tempo esse modelo se mostra já não mais tão efetivo e começa a demonstrar suas falhas, desenvolvendo-se assim os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

No século XVIII temos, portanto, que o acontecimento marcante foi a Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais (civis e políticos). Com o passar do tempo, em função dos graves problemas sociais e o forte impacto da industrialização, estava claro que a consagração antes conquistada de liberdade e igualdade não surtia mais seu efeito que antes havia, isso tudo já no decorrer do século XIX, gerando amplo desconforto na sociedade e implicando movimentos reivindicatórios e de mudança, atribuindo ao Estado participação forte na questão da justiça social.

Foi no século XX, então, que surgiu uma nova ordem social, sendo esta de nova estrutura, não se baseando mais somente na individualização do indivíduo como na dimensão anterior.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

há que atentar para a circunstancia de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas 'liberdades sociais', do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito a greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho.¹⁰

Essa positivação dos direitos sociais, culturais e econômicos no século XX, instaura uma nova fase política: a fase do Estado do Bem- Estar Social.¹¹ Nesse momento, recai sobre o Estado a obrigação de proporcionar de alguma maneira campanhas e políticas públicas para a melhoria das condições de vida da sociedade. Desse modo, passou-se a exigir do Estado uma postura mais ativa

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.169 .

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

perante a sociedade, a exigir ao máximo a intervenção estatal perante a realidade privada, demonstrando assim, todo o seu caráter positivo.

Apesar desse cunho “positivo” e não mais “negativo” como na Primeira Dimensão dos direitos fundamentais, importante salientar que a exemplo dos direitos da Primeira Dimensão os direitos sociais aqui referidos também se reportam a pessoa individual, não podendo ser confundidos com os de Terceira Dimensão (coletivos e/ou difusos) aos quais tratar-se-ão a seguir.

Na Constituição, tem-se um capítulo próprio para esses direitos sociais (art. 6 *caput*), denominado “direitos sociais”, no qual estão elencados, por exemplo, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, o lazer e previdência social.¹²

Portanto, o direito a saúde está presente na sociedade desde o século XX na Segunda Dimensão dos direitos fundamentais, logo necessita de prestações positivas do Estado para sua garantia e efetividade. Analisar-se-á com mais precisão esse direito fundamental ao decorrer do presente estudo.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Levando-se sempre em conta a Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade- tem-se, nessa Terceira Dimensão dos direitos fundamentais uma notória satisfação da “fraternidade” satisfazendo o homem-indivíduo como seu titular, procurando a defesa de grupos humanos como o povo, nação, etc.

Trata-se, então, de “encurtar” a distância entre o próximo, não havendo de certo modo barreiras físicas ou econômicas.¹³ Essa ideia surgiu tendo em vista a dificuldade que havia em relação aos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos.

¹² PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Brasília, 2007, p.95.

¹³ ARAUJO, Luiz Roberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100.

Pode-se citar, de início, cinco direitos vindos dessa Terceira Dimensão: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade ao patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação e por fim, ao meio ambiente.

Quanto a sua positivação, para Ingo Wolfgang Sarlet:

a maior parte desses direitos fundamentais da terceira dimensão ainda não encontraram seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta de um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.¹⁴

Logo, temos que essa geração consiste a uma busca ao desenvolvimento enfrentando-se qualquer barreira para sua real efetivação. Podemos dizer, então, que essa geração reconhece seus direitos fundados no princípio da solidariedade.¹⁵

3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA DIMENSÃO

Por fim, têm-se os direitos fundamentais de Quarta Dimensão que ainda pode-se dizer que são contestados pela doutrina. Alguns doutrinadores questionam outros criticam a ocorrência de uma Quarta Dimensão. No entanto, Bonavides ainda defende essa dimensão:

Globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) ... os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.¹⁶

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 117.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

¹⁶ Ibid., p. 571.

Porém, essa dimensão está longe de atingir o seu objetivo no direito positivo interno e, de mesmo modo, internacional, visto que ainda não está próxima de ser consagrada em nossos textos constitucionais. Não passando, portanto, de mera esperança para com um futuro melhor para a humanidade que esse possa se tornar realidade.¹⁷

Nesse contexto, analisar-se-á, a seguir, tanto o mínimo existencial e a reserva do possível no direito brasileiro, como a sua aplicabilidade em casos concretos.

4 MINÍMO EXISTENCIAL

4.1.1 Histórico do Princípio do Mínimo Existencial

O mínimo existencial está diretamente ligado, sendo inclusive amiúde confundido, à questão da pobreza e hoje tem suma importância na história da fiscalidade moderna.

Em determinado período de nossa história, os pobres não eram isentos ao pagamento de tributos. Disso resultava uma estrutura impositiva com caráter totalmente injusto, sendo prejudicial à liberdade e à dignidade do homem, levando-se em conta a contra prestação oferecida à população carente pelo Estado. Nesse período cabia à Igreja e aos cristãos mais ricos dar assistência social aos pobres, o que, de certo modo, acabou sendo uns dos principais geradores da mendicância.

De outra banda, a partir do iluminismo e do liberalismo, esses acontecimentos com relação à comunidade carente acabam se transferindo ao Estado, imunizando-se o mínimo existencial contra os tributos e incentivando-se a riqueza suscetível de imposição fiscal.¹⁸

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 334.

Período depois, no estado de polícia, as concepções anteriormente citadas aqui, alternam-se: busca-se aliviar a tributação dos mais carentes de recursos e incumbir ao Estado a sua proteção. Dando-se início à defesa da progressividade da tributação, porém, limitada pela imunidade do mínimo existencial, com a retirada da incidência de tributação para aquelas pessoas que não possuíam riquezas suficientes para o seu próprio sustento.¹⁹

No Estado fiscal de direito a imunidade do mínimo existencial com relação aos impostos adquire maior força com a doutrina liberal e a teoria da tributação progressiva. A imunidade fiscal do mínimo existencial estende-se também em relação às taxas. Isso ocorre quando estamos diante de obrigações positivas do Estado (assistência médica, educação, lazer, etc.) sem uma contraprestação pecuniária.

Em 1824 na Constituição brasileira tinha-se a garantia dos “socorros públicos” que era regulada em seu artigo 179, ao qual se referia que a “instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”. Em Portugal, na Constituição de 1826 isso também ocorria, com relação à instrução primária gratuita e por fim, da mesma forma, com a Constituição francesa de 1791.

No Estado social fiscal, que identifica a fase do Estado de Bem-estar Social, a proteção ao mínimo existencial se faz por mecanismos paternalistas e a respectiva ideologia se aproxima da concepção de justiça social.

Tem-se hoje, no Estado Democrático de Direito, um aprofundamento quanto ao mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo.²⁰

4.2 CONCEITO DE DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

¹⁹ NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o Cameralismo. **Revista de Direito Público e Ciências Políticas**, São Paulo, 1978 v. 4, p. 144.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 244.

Os mínimos sociais, o mínimo social, ou de preferência, como é mais reconhecido no direito brasileiro, o mínimo existencial, compõem também, o conceito de direitos fundamentais. Existe um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (considera-se imune aos impostos) e que ainda exige prestações estatais positivas.²¹

O direito torna-se mínimo do ponto de vista objetivo ou subjetivo. É mínimo por ser garantido a todos os homens e por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, independentemente de suas condições de sustento e de riqueza. Isso acaba ocorrendo com os direitos de eficácia negativa e também com os direitos positivos, como por exemplo, os serviços de vacinação pública. Já subjetivamente, é mínimo por atingir também quem está sem qualquer tipo de condições.

Para se efetivar de fato o mínimo existencial, não basta ser qualquer tipo de direito, deve exigir-se dele um direito a situações que sejam realmente importantes e dignas para sua existência.

Não havendo o mínimo necessário para sua existência, encerra a possibilidade de sobrevivência do homem. O princípio da dignidade da pessoa humana e suas condições de existência não podem estar abaixo de um mínimo, do qual nem mesmo detentos, pessoas de baixa renda e até mesmo doentes mentais podem ser privados.

A teoria ou o princípio do mínimo existencial não está descrito na Constituição Federal de 1988. Deve-se procurá-lo com base em outros princípios constitucionais como o da igualdade e o já citado anteriormente, da dignidade humana. Somente os direitos da pessoa humana conferida a sua existência, em condições dignas, integram o mínimo existencial. Ficando de fora, por exemplo, os direitos das pessoas jurídicas ou empresas.²²

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 1989, p 309.

²² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 144.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino²³

Tem-se, desse modo, uma linha tênue entre os direitos fundamentais, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

4.4 MÍNIMO EXISTENCIAL E À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º prevê um rol de direitos que constituem um mínimo vital. Direitos que são essenciais para que o cidadão tenha uma vida digna. Ao prescrever esses direitos, o legislador constituinte procurou de todas as formas dar melhores condições de vida para os cidadãos brasileiros.

Nota-se que o ser humano tem o direito, e o Estado o dever, da preservação da vida. Mas não é a vida pura e simplesmente no sentido de existência. É a preservação da vida como um direito fundamental, é a garantia a uma vida digna. Isso porque o ser humano reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social.²⁴

Tem-se, dessa forma, que o direito a vida é um direito essencial para se usufruir de qualquer outro direito fundamentais, não havendo como alguém usufruir da liberdade, acesso ao judiciário e demais princípios sem que seu principal seja assegurado, a vida. A saúde e a vida estão extremamente próximas e ligadas. Por essa posição de supremacia ao lado do direito à vida humanamente digna é que a

²³ NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o Cameralismo. **Revista de Direito Público e Ciências Políticas**, São Paulo, 1978 v. 4, p. 217.

²⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1998, p. 147.

saúde se revela o mais importante dos direitos expostos no artigo 6º da Lei Maior, constituindo, indubitavelmente, o mínimo existencial à saúde.

Nesse diapasão, vale-se transcrever o artigo 3º e o seu parágrafo único da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde):

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Demonstra-se então, que o mínimo existencial à saúde abrange não apenas a ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social. Mais um quesito que comprova a sua condição de piso vital mínimo.

Segundo Luiz Alberto David Araújo:

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.²⁵

Diante disso, o Estado deve agir de forma a socorrer todos os cidadãos, independente de sua classe social, prestando toda a assistência necessária, sob pena de estar violando não só o direito fundamental a vida, mas todos os direitos fundamentais.

Portanto, o artigo 6º da Constituição Federal combinado com o artigo 196 prescreve de forma taxativa que a saúde é um mínimo existencial, cabendo ao Estado, indiferente da classe social de cada um, propiciar os meios necessários para uma vida digna.

²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997, p. 88

5 RESERVA DO POSSÍVEL

Pode-se afirmar consoante majoritária doutrina, que todos os direitos têm custos. Isso acaba englobando não somente os direitos de prestações positivas do Estado, mas também mesmo os direitos a prestações negativas envolvem custos. Atualmente, até mesmo os direitos de liberdade demandam recursos estatais. Assim, o que se obtém é que os custos de financiamento e manutenção dos direitos não se resumem apenas ao aspecto econômico-financeiro. Podem ser considerados custos indiretos, como os derivados dos encargos institucionais de manutenção e funcionamento de estruturas estatais.

Esses custos são provenientes da arrecadação conduzida pelo Estado por meio da cobrança de tributos. Sendo assim, a arrecadação dessas verbas pelos entes estatais é que de fato transformam-se na concretização dos direitos fundamentais. O mero reconhecimento dos custos e dos direitos que devem ser concretizados não gera tantas divergências e problemas. Os problemas de fato começam a ocorrer a partir do momento em que o Estado admite a escassez de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, só poderão ser concretizados todos os direitos fundamentais quando o Estado dispuser de verbas.

Sendo assim, a efetivação dos direitos fundamentais no direito brasileiro passa a ser por escolha. Já que não se pode concretizar todos, a sociedade, por meio de seus representantes, escolhe proteger os bens e direitos que considera mais importantes em um dado momento.²⁶

A necessária eleição de valores e bens a serem protegidos, engloba, ainda, outro aspecto importante no que diz respeito à relativização dos direitos protegidos, tendo em vista que nada que custe dinheiro possa ser absoluto. De forma que

²⁶ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

alguns direitos ficarão sujeitos à possibilidade fática de sua efetivação por parte do ente estatal.²⁷

Tem-se então, que a satisfação de um direito pleiteado pela via judicial poderá esgotar os cofres do Estado demandado, de forma que não será possível mais a prestação do mesmo direito fundamental ou de outros que poderão vir a ser demandados. Geralmente, em suas decisões, os juízes não revelam nelas seus efeitos econômicos, as quais ficam restritas ao problema jurídico, de modo que a questão econômica acaba sendo desconsiderada. Desse modo, o método de escolha deve existir para cada caso, pois não haverá recursos para todos os pleitos contra os entes demandados. Portanto, tudo irá depender da situação econômica do país.

Esses aspectos abordados até o presente momento guardam uma estreita relação com a reserva do possível, ao passo que os custos dos direitos podem ou não determinar a sua realização para a sociedade. Assim, analisar-se-á, a partir de agora, a reserva do possível podendo-se configurar como limite fático e jurídico à concretização dos direitos sociais.

5.1 RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM DO TERMO

A reserva do possível surgiu no direito Alemão para solucionar uma restrição quanto ao número de vagas em certa Universidade. O Tribunal Constitucional alemão criou em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333).

No caso em discussão, o Tribunal alemão resolveu a lide ingressada por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina pelo simples motivo de limitação de vagas em cursos superiores adotado pelo país em 1960. Os jovens fundamentaram segundo o artigo 12 da Lei Fundamental segundo a qual: “*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu*

²⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 219.

wählen” (todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação).

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva (aumento do número de vagas na universidade) encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.²⁸

Na mesma decisão afirmou-se ainda, que restrições aos direitos previstos no artigo 12 da Lei Fundamental não podem ser absolutas e só podem ocorrer sob determinadas condições e circunstâncias, sempre se atendendo à razoabilidade.

A partir daí, se instaurou que a prestação de direitos sociais fica dependente da existência de meios e recursos principalmente os financeiros, o que se manifesta por meio dos orçamentos públicos, bem como da possibilidade de dispor desses meios e recursos, aspectos esses que compõem as dimensões da teoria da reserva do possível.

Naquela decisão ainda, restou assentado que mesmo que o Estado disponha de recursos, a obrigação de prestar deve se manter nos limites do razoável, não podendo o Estado prestar assistência a quem dispõe de meios necessários e suficientes para sua sobrevivência. A teoria da reserva do possível, portanto, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida para sua efetivação.

5.2 RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito de reserva do possível, dentro do sistema brasileiro, discorre para um limite para a realização dos direitos fundamentais, que se pode falar aqui em duas diferentes dimensões: a dimensão fática e jurídica.

²⁸ MÂNICA, Fernando Borges. *Diretos a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas* <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigosreservadopossivel_com_referencia_pdf>. Acesso em: 14 maio, 2012.

Para Ingo Sarlet Wolfgang:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação - observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos- da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental²⁹

Pode-se observar, então, que a reserva do possível também abrange uma dimensão negativa, no sentido de proteger direitos fundamentais já realizados. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda não há um consenso quanto à natureza jurídica da reserva do possível, sendo considerada muitas vezes uma doutrina, um princípio e até mesmo uma cláusula.

Para melhor compreensão da reserva do possível no âmbito do direito constitucional brasileiro, far-se-á necessária a lembrança de sua origem na Alemanha. O artigo 109, § 2 da Lei Fundamental: “*Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen*” (A federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto). Em nosso país não existe esta previsão na Constituição Federativa do Brasil, o que existem são apenas algumas normas regulamentando percentuais de arrecadação para que esses sejam destinados a certas atividades (saúde, moradia, educação, etc.).

A Constituição de 1988 não tem norma parecida e, portanto, é mais complicada a sua compreensão quanto à reserva do possível, diferentemente do ocorrido na doutrina e jurisprudência alemã.

Importante destacar que na Constituição de 1988, pela primeira vez, os direitos sociais foram incluídos entre os direitos fundamentais, que devem ser

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 234.

efetivados por todos os poderes estatais. Mais do que meramente uma tarefa a ser cumprida pelo Estado, a promoção dos direitos fundamentais se encontra com o mais nobre fundamento ditado pelo legislador: a dignidade da pessoa humana.

Consoante já dito, o Estado possui verbas para a efetivação dos direitos fundamentais por meio de arrecadação tributária. No entanto, embora exista verba orçamentaria para isso, essa ainda é insuficiente para a efetivação a que se destina. É inegável, portanto, que todos os direitos fundamentais são dependentes de fatores econômicos e de disponibilidade de verbas, sendo assim fica claro que a escassez desses recursos pode tornar-se limitador para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional. Por outro lado, ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado assume um compromisso para sua efetivação perante a sociedade.

Mesmo a Constituição não contemplando uma previsão expressa de que o orçamento deve espelhar os encargos do Estado, como na Lei Fundamental, a partir de uma breve interpretação vislumbra-se esse dever. Desse modo, fica claro que não se pode pleitear o impossível, mas a reserva do possível é fundamentação que só poderá ser aceito excepcionalmente, pois não é uma regra. Posto isso, significa que as vinculações orçamentárias expressamente previstas na Constituição de 1988 precisam ser respeitadas e cumpridas.

No entanto, tem-se afirmado que a falta de recursos não pode ser o único motivo alegado para a não efetivação dos direitos fundamentais. Assim, deve-se ter um cuidado especial ao adotar a reserva do possível e a escassez de recursos econômicos como justificativa para a não concretização dos direitos sociais para que isso não se torne um argumento que inviabilize a realização desses direitos.

Para Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, por nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos

para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como uma verdade irrefutável.³⁰

Diante do exposto, pode-se concluir que embora ainda não exista um conceito de reserva do possível no direito constitucional brasileiro, esse existe como um limitador fático e jurídico para a realização dos direitos fundamentais.³¹

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DAS TEORIAS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Analisar-se-á, a seguir, a atuação do Estado perante esses dois princípios ou teorias. Antes, porém, far-se-á uma breve incursão na aplicação da reserva do possível na Alemanha, onde a mesma teve sua origem.

Como já dito anteriormente no presente trabalho, a reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha em caso julgado dia 18 de julho de 1972, analisando-se na ocasião o art. 12 § 1º da Lei Fundamental.³²

O caso ocorreu em dois processos envolvendo cidadãos ao estudo do curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Monique. Buscou-se solicitar uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*) com a Lei Fundamental. Em poucos anos, esse precedente fez dobrar o número de estudantes em universidades na Alemanha. O número de vagas disponíveis para o ensino superior era limitado e não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para essa regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar esse problema. Diante desse quadro, a Corte Constitucional Alemã enfrentou uma verdadeira sucessão de ponderações,

³⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 209.

³¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 69.

demonstrando-se então que o número de vagas disponíveis correspondia ao máximo possível.

Destaca-se trecho da decisão:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando (...) as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior (...). Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorada que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado. (...) Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.³³

A Corte Constitucional Federal da Alemanha, firmou então jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada pelo indivíduo deve corresponder ao que ele pode razoavelmente exigir da sociedade. Em outras palavras, mesmo que o Estado disponha de recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, e disposição jurídica, não há que se buscar uma prestação acima dos limites do razoável, levando-se em consideração os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental. Dessa forma, não seria possível sustentar que o Estado devesse prestar assistência social a alguém que não tivesse jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos para isso. Essa decisão, segundo parte da doutrina alemã, corresponde ao razoável, o que também depende da ponderação do legislador. O ponto fundamental não parece ter sido o financeiro, no sentido de escassez absoluta

³³ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial:** o papel do poder judiciário na sua efetivação. Tese Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 118.

de recursos, mas, sim, a razoabilidade com que a alocação desses recursos poderia ser demandada.³⁴

Nos dias atuais, a reserva do possível vem sendo aplicada pelas cortes alemãs com o mesmo significado, ou seja, serve como um parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, levando-se em conta o que ele efetivamente tem condições de realizar e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais.

Porém, essa não parece ser a aplicação que a reserva do possível tem sofrido pelos tribunais brasileiros. Há que se ponderar que na grande maioria dos casos não se pode admitir que o Estado tenha feito, efetivamente, tudo que estava ao seu alcance para satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos. E, ainda assim, a reserva do possível tem sido invocada como um limite, muitas vezes intransponível, justificado, pela “escassez de recursos absoluta”, sem maiores esforços para sua real efetivação.³⁵

A partir dessas questões far-se-á uma análise da aplicação da reserva do possível nos tribunais brasileiros.

7.1 RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Ao fazer uma consulta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fica evidenciado que a nossa Corte sempre concede o tratamento ou a medicação necessária ao indivíduo.

Após consultar e compreender os Recursos Extraordinários de números: 198263/RS, 232335/RS, 237367/RS 242859/RS, 256327/RS, 570925/RJ com relação ao medido de medicamentos com pacientes vítimas de AIDS fica claro que o Supremo Tribunal Federal não admite a escassez de recursos como argumento para indeferir e não conceder o tratamento ou a medicação que se busca pelo cidadão.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 282.

³⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 234.

Não existe entre esses recursos analisados sequer uma divergência entre os votos dos relatores.

Na Pet 1246³⁶ existe o pedido de transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene. Nesse caso, novamente cabe ilustrar trecho do ilustre Ministro Celso de Mello quanto à ponderação entre princípios:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

³⁶ O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina determinou que o Poder Público custeasse o tratamento médico-hospitalar a que o recorrido deveria submeter-se por ser portador "de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene" [fls. 339-347].2. O recorrente sustenta que o provimento judicial violou o disposto nos artigos 2º, 37, 100, 196 e 227 da Constituição do Brasil, vez que os preceitos que versam sobre o direito à saúde têm eficácia programática, não assegurando destinação de recursos públicos a situações individualizadas. 3. O Supremo manifestou o seguinte entendimento em caso similar ao destes autos:"A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30).O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável"[PET n. 1.246, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 9.9.02]. Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF.Publicue-se.Brasília, 26 de junho de 2006.Ministro Eros Grau- Relator -2º37100196227ConstituiçãoCF196CF6º227§ 1º Constituição (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 315165 SC. Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 26/06/2006. Data de Publicação: **Diário de Justiça**, 02/08/2006 PP-00086).

Logo, tem-se que, até os dias de hoje, a nossa Suprema Corte ao fazer a ponderação entre o mínimo existencial frente à reserva do possível a primeira sempre prevalecerá sobre a segunda.

7.2 MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A relação existente entre o mínimo existencial e a saúde já foi demonstrada no presente trabalho e não restam dúvidas que existe um paralelo entre eles.

A jurisprudência brasileira tem se manifestado cada vez mais acerca do fornecimento de medicamentos. Principalmente os de alto custo, tanto no que diz com os já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Quando inexistente tratamento na rede pública, diferenciam-se duas situações: (a) se o tratamento pedido é experimental, ainda sem a sua eficácia comprovada; e (b) se o tratamento ainda não foi incorporado pelo SUS, a omissão administrativa pode ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.³⁷

Uma decisão interessante que abordou o mínimo existencial foi a suspensão de tutela antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgado em 2010:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁸

³⁷ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação.** Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 49.

³⁸ BRASIL. Tribunal Pleno. STA 175 AgR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgado em 17/03/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, -076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

Trata-se no presente caso de ação proposta pelo Ministério Público Federal em favor de jovem com grave doença neurodegenerativa comprovada clinicamente, buscando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado “Zavesca”, cujo tratamento para essa doença resulta em alto custo, cerca de R\$ 52.000,00 por mês. Esse tratamento não está previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Ao analisar os documentos anexados aos autos do processo, ficou claro que esse medicamento pleiteado (Zavesca) era o único capaz de deter a progressão da doença e também de aliviar os sintomas e sofrimentos enfrentados pela paciente, dando-lhe a possibilidade de um aumento e/ou melhora da sua qualidade de vida.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes suscita duas questões de maior relevância. Primeiramente, é da fórmula de ponderação de Alexy, já referida anteriormente no presente trabalho, em que o direito social definitivo resulta da prevalência do princípio da liberdade fática sobre os princípios formais da competência decisória do legislador e da separação dos poderes e dos princípios materiais referentes à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. E em seguida, quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário arquitetar políticas públicas e a necessidade de, em caso de inconstitucionalidade destas, devolver a questão para que os órgãos de representação popular ajustem sua atividade frente à Constituição.

Diante dessa decisão, diversos medicamentos e tratamentos médicos de alto custeio pelo Estado e não fornecidos pela rede pública foram assegurados pelo Supremo Tribunal Federal.

8 CONCLUSÃO

Os direitos humanos e fundamentais fizeram parte da luta dos indivíduos em todas as etapas de trajetória de vida até os dias de hoje. As conquistas, muitas vezes mínimas, foram sendo acumuladas e positivadas gradativamente. Acrescenta-se, ainda, que a positivação dos direitos humanos e fundamentais não foi suficiente para a garantia de sua efetivação. Dessa forma, os direitos fundamentais previstos

na Constituição de determinado país revelam os anseios de um povo em uma época, cuja fundamentalidade depende do poder imposto pela sua legislação.

Ao longo da história, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e do direito à vida foram positivados em pactos internacionais e, aos poucos, passaram a integrar os direitos inscritos nas constituições de grande parte dos países do mundo. No caso brasileiro, atualmente, os direitos fundamentais encontram-se positivados no Título II da Constituição e são cláusulas pétreas; todavia, há previsão de direitos fundamentais inseridos fora do catálogo apresentado no referido título, ou seja, encontram-se também em demais partes da Constituição.

Os direitos fundamentais que primeiramente foram incorporados pelas constituições são denominados de primeira dimensão, e se referem aos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, e delimitam a chamada igualdade formal. Mais tarde, a esses direitos acrescentaram-se as liberdades de expressão coletiva, tais como de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, dentre outras.

Posteriormente, como fruto dos movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado uma atuação efetiva na realização da justiça social, vieram os direitos de segunda dimensão, que são os direitos econômicos, sociais e culturais. E os direitos de terceira e quarta dimensão são considerados como direitos de solidariedade ou fraternidade, que, em face de sua implicação universal, ainda carecem de positivação em muitos países, isso porque exigem esforços e responsabilidades, em escala até mesmo global, para sua efetivação.

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira são dotados de fundamentalidade e, por sua vez, pode-se afirmar que são multifuncionais. A função objetiva dos direitos fundamentais sociais revela que estes, para além de sua condição de direitos subjetivos permitem o desenvolvimento de novos conteúdos que assumem relevante papel na construção de um sistema eficaz e racional para a sua efetivação.

Os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional podem sofrer restrições, principalmente pela reserva do possível que sustenta a indisponibilidade de recursos materiais suficientes para a realização fática das garantias constitucionais fundamentais e pela concretização legislativa, tendo em vista tratarem de normas programáticas. Porém, de outro lado existe o mínimo existencial, do qual todo indivíduo deve ter o mínimo para sua existência digna perante a sociedade.

Ao se fazer a análise de casos nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais, mostrou que a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível recebem um tratamento muito semelhante quando indagados com relação ao direito a saúde. No que tange a pedidos de medicamentos e tratamentos até mesmo de alto custo a escassez de recursos e a reserva do possível são raramente levados em discussão. E nos poucos votos em que estas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas como argumentos que poderiam ser preponderantes nas decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal.

Hodiernamente, a intervenção judicial nestes casos tem crescido em grande escala, embora haja constantemente colisões entre princípios e direitos quando o judiciário interfere nas funções do poder executivo, ou legislativo, ao qual devemos ressaltar que são argumentos sempre utilizados por estes entes públicos, o magistrado sempre deve ponderar qual seria a melhor tutela a ser aplicada, para que não afete pessoas que se beneficiam da assistência pública a saúde.

Portanto, tem-se que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional possuem aplicação imediata, e devem ser impostos ao Estado. Verifica-se também, que a reserva do possível, embora bastante utilizada por parte dos poderes públicos para justificar a não efetivação dos direitos sociais, em grande parte das decisões não tem sido acolhida, uma vez que os julgados têm suas fundamentações baseadas na ponderação e proporcionalidade dos direitos em questão. Ou seja, principalmente com a relação à saúde a reserva do possível não poderá sobre por ao mínimo existencial de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

ARAUJO, Luiz Roberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança 3741/CE**.

Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. Julgamento em: 27/05/2009.

Publicado em 03/06/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. Tribunal Pleno. STA 175 AgR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgado em 17/03/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, -076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação**. Tese Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007.

MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o Cameralismo. **Revista de Direito Público e Ciências Políticas**, São Paulo, v. 4, p.144 , 1978.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

_____. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Cível nº 463.638-2/01**. Decisão monocrática proferida em 04/03/08 pelo Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo do TJPR.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Brasília, v.9 , p.94 , 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, p. 179-234, jul. 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 74, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

