



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A reserva do possível versus o mínimo existencial e o ativismo judicial no direito à
saúde

MICHEL ARNOSO

Rio de Janeiro
2016

MICHEL ARNOSO

A reserva do possível versus o mínimo existencial e o ativismo judicial no direito à saúde

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

A RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS O MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE

Michel Arnosso

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo delinear o dever do Estado em garantir um mínimo de efetividade aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à saúde, apresentando como fator limitador desses direitos o princípio da reserva do possível. É demonstrada a origem dos direitos fundamentais, a limitação de recursos da máquina Estatal e a correta aplicação desses direitos no Estado brasileiro. Além do dever do Poder Judiciário em agir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais na omissão do Estado.

Palavras-chave: Direitos Constitucionais. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Ativismo Judicial. Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1. A origem do princípio da reserva do possível. 2. Os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 e a ideia de mínimo existencial. 3. O confronto entre o princípio da reserva do possível versus o mínimo existencial e os limites do ativismo judicial no direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática dos direitos fundamentais de caráter social, a importância desses direitos e a necessidade de ser garantida uma efetividade mínima ao núcleo intangível dos direitos humanos. Nesse contexto, enfrenta-se o conflito entre o princípio da reserva do possível versus o princípio do mínimo existencial, traçando de forma sucinta, o papel do judiciário em garantir a efetividade mínima ao direito à saúde quando o Estado viola seu núcleo essencial.

O Estado tem recursos limitados e a demanda por serviços de caráter social é crescente. A constituição de 1988 é uma constituição neoliberal que traz um extenso rol

de direitos garantidos pelo próprio Estado. O princípio da reserva do possível surge como fator limitador para atuação do Estado e consiste, basicamente, na disponibilidade orçamentária que o Estado tem para realizar os seus serviços.

Por sua vez, a Carta Magna traz, logo em seu art. 1º, como um dos pilares da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana. O art. 5º, § 1º expressa que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e o art. 6º apresenta o direito à saúde como um direito fundamental social. Por conta disso, surgiu a ideia de mínimo existencial, ou seja, apesar das limitações de recursos do estado, este deveria garantir um mínimo, o núcleo essencial desses direitos sociais em respeito à dignidade da pessoa humana, principalmente o direito à saúde.

Delimitar essa fronteira entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial é tarefa difícil e, por vezes, o Estado adota posturas omissas em garantir a efetividade a esses direitos sociais. Cabe ao judiciário intervir, combatendo posturas omissas do Executivo e do Legislativo, mas respeitando a harmonia entre os três poderes.

No primeiro capítulo, é apresentado o princípio da reserva do possível, sua origem histórica e justificativas, com o objetivo de definir a aplicabilidade deste princípio dentro da realidade financeira do Estado brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, são abordados os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, suas origens e o conceito de mínimo existencial. Pretende-se com isso demonstrar a evolução e a importância dos direitos fundamentais, principalmente do direito à saúde, por meio da ideia de existência de um núcleo duro, intangível, dentro dos direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, diante do antagonismo existente entre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, é traçado o ponto de equilíbrio entre os referidos princípios, além do papel fundamental do judiciário em

garantir a efetividade ao direito à saúde na omissão do Estado. Nesse contexto, é analisado até que ponto o poder judiciário poderia intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, especificamente do direito à saúde, respeitando a separação dos poderes.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, por meio do estudo de livros, artigos, dissertações e teses sobre a temática dos direitos fundamentais sociais presentes no ordenamento brasileiro.

1. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais sociais, são direitos prestacionais do Estado, positivados na Constituição Federal de 1988 e que, sem dúvida, geram custos elevados para máquina estatal. O Estado assistencialista tem por objetivos amparar a população, de modo geral. Fato é que a necessidade por serviços básicos é tamanha que o Estado brasileiro acaba por assumir uma tarefa maior do que a sua própria capacidade financeira em atender a essa demanda. As obrigações prestacionais que o estado açambarca são obrigações de fazer, muito diferentes das obrigações assumidas com a implementação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondiam à ideia de abstenção do Estado, um “não fazer”.

Diante da crescente demanda criada pela incorporação de direitos sociais na Constituição, direitos positivos que exigem uma atuação direta do Estado, surgiu a necessidade de criar limites na realização desses direitos, pois caso contrário o Estado entraria em um colapso pela insuficiência financeira em concretizar plenamente todos os direitos fundamentais sociais que a Constituição de 1988 positivou. Nasce a ideia da

reserva do possível, mecanismo que serviria como espécie de balança, equilibrando a capacidade econômica do Estado versus a necessidade de concretizar os direitos fundamentais sociais, positivados na Magna Carta. É a adequação da realidade financeira do Estado com a crescente demanda pela concretização de direitos fundamentais sociais.

Assim, o Estado quando não tivesse recursos para concretizar determinados direitos fundamentais sociais, alegaria, de forma legítima, o princípio da reserva do possível para não dar efetividade, no caso concreto, a determinado direito fundamental social.

A reserva do possível, conhecida no direito comparado de forma ampla, originou-se de um *leading case* na Alemanha, nos anos 70. A corte analisando a demanda proposta por estudantes que desejavam ingressar no curso superior de medicina, mas não tinham obtido êxito ante a limitação de vagas estabelecida na época, decidiu que o direito garantido pelo art. 12 da Lei fundamental da República Federal da Alemanha, direito relativo à liberdade de escolha da profissão, base para ação proposta pelos estudantes, estaria limitado à razoabilidade, ou seja, o indivíduo só poderia exigir da sociedade aquilo que fosse considerado razoável. Na argumentação a corte alemã adotou a ideia da razoabilidade. Ingo Sarlet¹, interpretando a decisão da corte, chegou à conclusão que a prestação exigida “[...] deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Percebe-se, ao analisar o julgado da corte alemã, que a teoria da reserva do possível aplicada ao caso dos estudantes, não tinha como pilar apenas os limites financeiros do Estado, pois segundo o entendimento da corte, não basta que o Estado

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 21. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

tenha a disponibilidade de recursos, é necessário que o pedido esteja embasado dentro de um critério da razoabilidade.

No Brasil, a teoria da reserva do possível sofreu certa adaptação à realidade nacional, transformando-se o critério da preponderância na razoabilidade, definido pela corte alemã, em um sentido de razoabilidade financeira. Assim, a efetividade dos direitos fundamentais sociais estaria limitada pela capacidade financeira do Estado em garantir tais direitos.

Nesse sentido o Ministro Gilmar Mendes², em sua obra de Direito Constitucional, entende que:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma em sua obra de Direito Constitucional ³que a efetividade dos direitos fundamentais sociais “[...] depende da disponibilidade de meios suficientes, com que nem sempre conta o Poder Público. Por isto, são eles condicionados pela cláusula, ou como hoje se diz, pela “reserva do possível”.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgamentos, afirmou 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

² MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Brasília: Saraiva, 2012, p.237.

³ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.352.

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 constitucionais⁴

Dessa forma, diante da insuficiência de recursos do Estado para atender as necessidades de caráter social, faz-se necessário a escolha de políticas públicas voltadas a implementação de direitos fundamentais sociais de maior relevância, ocorrendo uma alocação de recursos nas áreas mais essenciais para população. São tipicamente opções políticas, que orbitam a esfera da discricionariedade (ligadas ao binômio oportunidade e conveniência na administração do Estado) do poder executivo e legislativo.

É claro que o Estado brasileiro não poderá alegar a reserva do possível como barreira intransponível para efetividade dos direitos fundamentais sociais, pois se fosse permitida tal conduta, esses direitos jamais seriam concretizados e a constituição acabaria perdendo a força necessária para garantir diversos direitos fundamentais. Haveria uma clara violação aos dispositivos constitucionais. Principalmente ao art. 5º, § 1º que é claro ao dizer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É por esse motivo que o julgado da ADPF n2 45-MC-DF do Supremo Tribunal Federal, ressalta que o princípio da reserva do possível não é um obstáculo absoluto. Deve-se trabalhar a ideia da Razoabilidade na vertente financeira, dentro da possibilidade do Estado. É necessário que haja um embasamento real e concreto para a alegação do referido princípio. Essa análise, será feita mais à frente, após a definição dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 e a ideia de mínimo existencial.

⁴ BRASIL. ADPF n2 45-MC-DF, Rei. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF. Acesso em: 27 de abril de 2016.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS NA CRFB/1988, SUAS ORIGENS E O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de adentrar no tema dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, vale traçar aqui o pensamento de alguns autores importantes. Sobre o tema, Norberto Bobbio⁵ diz em sua obra que “Os direitos do homem, [...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados 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. ”

Nessa mesma linha de pensamento, Alexandre de Moraes⁶ diz que os direitos fundamentais “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”. Sendo assim, é importante entender que os direitos fundamentais são fruto da construção histórica doutrinária, conquistados pouco a pouco pelo homem.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, tem como pilar fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, presente logo em seu art. 1º, inciso III. Foram incorporados ao texto constitucional diversos ideais, fortemente ligados a este princípio, como por exemplo: os deveres de abstenção do Estado, direitos negativos que traduzem as liberdades e garantidas individuais dos indivíduos; os direitos prestacionais, que visam um atuar positivo do Estado com fito de alcançar a ideia de justiça social.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria política e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5;

⁶ MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178;

É inegável que foram obtidos vários avanços nessa Constituição, mas o maior deles foi que o texto constitucional foi “costurado” com os direitos fundamentais, de modo que é impossível dissociar esses direitos da nossa constituição, favorecendo assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, direitos inerentes à condição humana.

A fonte de inspiração do poder constituinte originário, veio da lei fundamental da Alemanha e da Constituição de Portugal do ano de 1976, assim foram somados ao texto constitucional alguns direitos presentes nesses ordenamentos.

O Estado brasileiro, após mais de duas décadas lastreadas em um regime excepcional, iniciado com o golpe de 1964, entrou em 1985 num processo de redemocratização, dando origem à Constituição de 1988. Esta constituição estabeleceu significativa progressão aos direitos e garantias fundamentais, pilares de um regime político democrático.

O constituinte estabeleceu logo no preâmbulo da Constituição Federal⁷ seu compromisso com os ideais relacionados com os direitos fundamentais, essenciais para um Estado democrático de Direito: “[...]para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”.

Esse compromisso persiste por todo texto constitucional, conforme se vê no art. 1º, inciso I c/c § único, a garantia da soberania popular; no inciso II, o princípio da cidadania; no inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana; no inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e no inciso V, o pluralismo político. São princípios que visam possibilitar a construção de um Estado democrático de Direito. Perceba que esses princípios são todos ligados entre si, uma vez que não há como se

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

garantir os direitos fundamentais fora de um estado democrático de Direito, assim como não haverá liberdade nem direitos políticos se não for respeitada a dignidade da pessoa humana.

O art. 3º inova ao fazer referência expressa aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, estabelecendo: ⁸ “Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Desse modo, a Constituição de 1988 se fundamenta nos artigos 1º e 3º e o legislador sob essa inspiração continua nos primeiros capítulos listando diversos direitos e garantias individuais, como se pode ver em seus artigos 5º, 6º e 7º. No art. 60, § 4º torna cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, impossibilitando qualquer retrocesso desses direitos.

Outro ponto interessante, é que diferente das constituições anteriores, em que o legislador fazia referência aos direitos sociais de forma espaçada, na constituição de 1988 o constituinte inseriu logo no Título II os Direitos Sociais, dando assim posição de destaque a esses direitos.

No caput do art. 5º, o legislador dispõe que: ⁹“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Merece destaque a previsão contida no art. 5º, § 1º em que fica expressa que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

⁹ Ibid.

Tal previsão dá maior força executiva ao texto constitucional, tornando essas normas aptas para produzir efeitos imediatamente.

Continuando pelo art. 5º, o § 2º prevê que ¹⁰“Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É clara a preocupação do constituinte originário em não restringir a apenas ao capítulo II da constituição os direitos e garantias fundamentais, na verdade esses direitos estão distribuídos por toda constituição e também em tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

No art. 5º § 3º, o legislador faz previsão muito importante, ao dizer que: ¹¹ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Essa previsão tem grande importância porque dá status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando observado o procedimento do art.5º, parágrafo § 3º. Vale ressaltar que a doutrina construiu o entendimento que mesmo que esses tratados não observem o procedimento acima descrito, por força da relevância do tema que tratam, serão classificados como normas supralegais, ou seja, abaixo de nossa Carta Magna e acima das leis infraconstitucionais.

Com esses conceitos em mente, o mínimo existencial está ligado as necessidades sem as quais não seria possível para o indivíduo viver na condição de ser

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

¹¹ Incluído pela Emenda Constitucional 45/04.

humano. Dessa forma, trata-se de um direito que tem por objetivo garantir as condições de existência mínimas, na qual caberia ao próprio Estado oferecer essas condições, adotando uma postura positiva, e não apenas uma posição de abstenção que era adotada no passado¹².

Os direitos que são abarcados no conceito de mínimo existencial são os direitos de segunda dimensão, relativos aos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, consagrados na Constituição Federal. São exemplos claros desses direitos os definidos no art. 6º e 7º da constituição federal, quais sejam, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros. Os direitos sociais têm um caráter programático, no sentido de que não é permitido regressões desses direitos, devendo o Estado utilizar como parâmetro a norma constitucional, aplicando o texto da constituição progressivamente, contudo, o constituinte originário não deixou dúvida que tais direitos têm aplicabilidade imediata no art.5 § 1º da CRFB/88, quando expressa que ¹³" as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", garantido assim que o texto constitucional não seja uma espécie de utopia, vazia, na qual o ideal seria atender o que está expresso, entretanto o Estado diante da dimensão continental do Brasil e escassez de recursos, jamais seria capaz de alcançar. É nessa hora que surge a ideia de mínimo existencial, e o Estado passa a ter a responsabilidade direta de garantir a efetiva aplicação do texto constitucional, ao menos no que diz respeito a ideia de mínimo existencial.

¹² Posição adotada nos direitos de primeira dimensão, ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos, definidos como direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário;

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

Sendo assim, o mínimo existencial compreende um conjunto de prestações por parte do Estado, absolutamente essenciais para que o indivíduo possa ter uma vida considerada digna. É extremamente importante e a doutrina o consagra como sendo o núcleo de outro princípio, o da dignidade da pessoa humana.

3. O CONFRONTO ENTRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE

Diante do confronto dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, cria-se um impasse, pois o Estado não tem recursos suficientes para atender a demanda criada pelos direitos fundamentais sociais, presentes em nossa Constituição, mas também não pode simplesmente alegar que ante a falta de recursos não é capaz de dar efetividade alguma a esses direitos. É notório que o direito mais precioso que temos é a vida, uma vez que sem vida nada há para se garantir ou proteger. Desse modo, ligado ao direito à vida está o direito à saúde que dentre os direitos fundamentais, merece um destaque ainda maior.

O Direito à saúde é tão importante que não dá muita margem para alegação pelo Estado de que não há recursos suficientes para garantir um tratamento médico, uma cirurgia ou qualquer outro recurso que vise a preservação da vida de determinada pessoa ou coletividade. É um direito que se sobrepõe aos outros, também importantes, mas menos relevantes em um confronto direto com a necessidade de se prover a saúde. Por isso, definir aquilo que seria razoável para que o Estado possa arcar é tarefa árdua que

por vezes gera um imbróglio na doutrina e jurisprudência, pois cai num subjetivismo perigoso que dá margem para o arbítrio daquele que detém o poder em mãos.

Nesse sentido, o voto do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal é extremamente esclarecedor e diz que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art.196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. [...].¹⁴

O Estado brasileiro não pode se valer do manto da reserva do possível para tornar ineficaz os direitos sociais previstos na Constituição Federal. É preciso garantir a efetividade mínima aos direitos mais importantes, ligados diretamente ao princípio da

¹⁴ BRASIL. STF. 1ª T. RE 393175 Agr. /RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 12.12.2006.

dignidade da pessoa humana, dentre eles o direito à saúde, pois do contrário o texto constitucional viraria letra morta, uma verdadeira utopia conceitual sem sentido algum.

Em decorrência disso, nasce o papel do judiciário em equilibrar a ação do executivo e legislativo que muitas vezes adotam posturas omissas na efetivação dos direitos fundamentais. O ativismo judicial é ferramenta que gera grande discussão na sociedade e no meio acadêmico, porque impõe uma ação do executivo em determinado sentido, mesmo que não exista expressamente uma norma infraconstitucional obrigando a adoção dessa conduta. É mecanismo que deve ser utilizado com cautela, a fim de preservar o princípio da separação dos poderes, presente no art. 2º da Constituição Federal. Vale dizer que a graduação do ativismo judicial depende muito da adequada atuação dos outros poderes. Havendo um desequilíbrio na atuação do Poder Executivo, em não dar efetividade aos anseios da população, é natural que mais e mais demandas sejam levadas ao judiciário que diante da análise do caso concreto deve fazer valer os princípios contidos na Constituição Federal, é a atuação direta do mecanismo de controle conhecido como sistema de freios e contrapesos, em que um Poder fiscaliza o outro.

Nesse sentido, Walber de Moura Agra¹⁵, em sua obra expressa que “não há mais função típica ou atípica, mas uma atuação para estabelecer os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser cumpridos”. Por outro lado, Luís Roberto Barroso¹⁶ menciona três críticas principais ao ativismo judicial: 1) riscos para a legitimidade democrática; 2) politização indevida da justiça; e 3) limites da capacidade institucional do Judiciário. A crítica mais relevante nesse contexto é a falta de legitimidade democrática do judiciário, uma vez que não é um poder eleito diretamente

¹⁵ AGRA, Walber de Moura. *Direitos sociais. Tratado de Direito Constitucional*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 535;

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 26/03/2016, p. 10;

pelo povo. O fato é que o judiciário, tem o dever de agir, não para impor sua vontade arbitrária e sim para atuar na proteção da Constituição Federal.

Dessa forma, observando os argumentos de cada corrente, é preciso evitar os extremismos e buscar o equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, em garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sem entrar demasiadamente na esfera da discricionariedade dos outros poderes. É dever do judiciário agir com base na razoabilidade e no sistema de freios e contrapesos, sem interferências excessivas, mas dando efetividade ao direito à saúde, bem preciso que se sobreponha aos outros interesses do Estado. Não pode o Estado distorcer a ideia do princípio da reserva do possível, alegando injustificadamente tal princípio para suprimir um direito fundamental tão importante quanto é o direito à saúde. O princípio da reserva do possível é um forte limitador dos direitos fundamentais e sua existência é justificável, uma vez que não há, de fato, recursos suficientes para atender toda a demanda da população, todavia deve ser alegado de forma legítima e com razoabilidade, cabendo ao judiciário, quando provocado, proteger o núcleo intangível desses direitos.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são fruto da luta entre o homem e o Estado ao longo da história da humanidade, são direitos que se adaptaram à realidade de cada época, que sofrem uma constante evolução e ainda apresentam uma grande dificuldade de se tornarem efetivos por conta do caráter de prestação positiva por parte da máquina estatal.

A Constituição atual é garantista, tendo em vista que o Brasil na década de 80 saía de um longo regime militar iniciado em 1964. Assim os direitos fundamentais sociais foram tratados com grande cuidado pelo poder constituinte originário, que atribuiu a esses direitos uma posição de destaque no texto constitucional.

O poder delegado pelo povo ao Estado é, sem dúvida, uma ferramenta perigosa, de difícil administração que gera um ônus pesado ao Estado. Assim muitas vezes são utilizados mecanismos aparentemente legítimos, como o princípio da reserva do possível, de forma engenhosa por parte dos governantes no Brasil, com o fim de suprimir parte dessa responsabilidade inerente ao Estado brasileiro, muitas vezes com a ilegítima intenção de desviar recursos públicos para o benefício dos que administram a máquina do Estado. É preciso respeitar o que expressa a atual Constituição, não transformando o conteúdo do texto constitucional numa utopia sem propósito. Desse modo, é importante, ao menos, garantir ao povo, detentor do poder, a efetividade mínima aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à saúde. Não é possível aceitar que centenas de milhares de pessoas devam perecer nas filas de espera por atendimento cirúrgico nos hospitais públicos, porque o Estado alega não ter recursos suficientes, ou ainda que milhares de crianças morram de fome, quando vemos o desperdício diário de recursos públicos.

Além disso, é dever do Poder judiciário, guardião da Constituição Federal, garantir a efetividade do conteúdo do texto constitucional na omissão do Estado, mesmo que isso traga um certo desconforto entre os três poderes, tendo em vista a natureza essencial que constitui os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Direitos sociais. Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 26/03/2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria política e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. ADPF n2 45-MC-DF, Rei. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF. Acesso em: 27 de abril de 2016.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Organizada por Alexandre de Moraes.

_____. STF. 1ª T. RE 393175 Agr. /RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 12.12.2006. Acesso em: 27 de abril de 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Brasília: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 21. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.