

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Bruna Matiza Mariano Rodrigues

Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo – O presente artigo busca discutir a ponderação e interpretação de princípios na aplicação do direito fundamental à saúde. Aborda o princípio da reserva do possível como uma forma de limitar a responsabilidade do Estado no que tange à implementação de políticas públicas responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, mais especificamente, do direito fundamental à saúde. Destaca-se o princípio do mínimo existencial e como ele deve ser aplicado, buscando-se traçar, para tanto, balizas interpretativas. Saliente-se, por oportuno, que o instituto do princípio da reserva do possível é abordado de forma fracionada a fim de promover maior aprofundamento do seu valor axiológico. Por fim, visa-se explorar o assunto em comento com o objetivo de demonstrar que é possível a aplicação da reserva do possível a par da Constituição Federal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Saúde. Judicialização. Direito fundamental. Princípios. Reserva do possível.

Sumário – Introdução. 1. A interpretação das normas e princípios no direito brasileiro: a solução dos conflitos entre normas e princípios. 2. A função do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais: a judicialização de políticas públicas. 3. Princípio da reserva do possível X Princípio do mínimo existencial: ponderação dos princípios e limites de aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a falta de humanização nos tratamentos de saúde no sistema público, afirma a existência e importância do princípio da dignidade da pessoa humana e estuda a efetividade do direito ao acesso à saúde pública.

Hoje, a falta de recursos é uma das preocupações sociais, pois sem estes é impossível um tratamento digno e eficaz. Por consequência, sem tratamento, o número de mortes cresce a cada ano, realidade esta, que vai de encontro com o direito à vida, também assegurado pela Constituição Brasileira.

Diante disso, é importante ressaltar que o direito ao acesso à saúde bem como da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na Constituição brasileira, deveriam ter eficácia natural e imediata.

Como na maioria das vezes, não é o que acontece, a população tem recorrido ao Poder Judiciário para que haja a intervenção deste, e assim tenham acesso aos seus direitos, nem que seja em seu aspecto mínimo

Cabe frisar que segundo o ordenamento jurídico brasileiro, não é função típica do Poder Judiciário garantir tais condições. Sendo uma de suas funções atípicas o controle sobre os demais poderes e a concretização dos direitos fundamentais.

É nisso também que se baseia a pesquisa em questão, na judicialização de questões que deveriam ser organizadas, politizadas e exercidas pelo Poder Executivo cuja função típica é esta. Destarte, o controle judicial é aquele exercido, privativamente, pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Poder Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando este realiza atividades administrativas.

Em regra, trata-se de um controle *a posteriori*, de legalidade, adstrito à conformidade do ato com a norma legal que o prevê. É, sobretudo, um meio de preservação dos direitos individuais, uma vez que visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando no que consiste e o que teria dado início ao impasse que é a efetividade das normas jurídicas. Para isso, se faz necessária uma breve leitura sobre filosofia, analisando três momentos históricos, o jusnaturalismo o positivismo e, mais especificamente, sobre no que consiste o pós-positivismo, assim será possível nortear a ideia de interpretação e aplicação das regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, são abordados os direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira de 1988, suas origens e desdobramentos e os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível. Com isso, visa-se demonstrar a evolução e a importância dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à saúde, por meio da ideia de existência de um núcleo inflexível e intangível, sob a perspectiva dos direitos humanos.

No terceiro capítulo, diante do antagonismo existente entre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, é possível entender como devem ser aplicados e é determinado o ponto de equilíbrio entre os referidos princípios. Por fim, abordam-se os limites da função 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 do direito fundamental à saúde, respeitando a separação dos poderes.

A pesquisa utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, sendo parcialmente exploratória e qualitativa por meio do estudo de livros, artigos, dissertações e teses sobre o presente tema.

1. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO: A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE NORMAS E PRINCÍPIOS

Para a melhor compreensão da questão aqui apresentada, é necessário compreender no que consiste e o que teria dado início ao impasse que é a efetividade das normas jurídicas. Para isso, se faz necessária uma breve leitura sobre filosofia, analisando três momentos históricos o jusnaturalismo o positivismo e, mais especificamente, sobre no que consiste o pós-positivismo.

As construções acadêmicas do Direito convergem para conferir máxima efetividade às disposições jurídicas normativas, compreendendo a força normativa dos princípios e a atuação positiva do Poder Judiciário na aplicação e integração das normas constitucionais.

O jusnaturalismo, segundo Norberto Bobbio¹ é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo).

Para José Antonio Gomes Ignácio Júnior² o jusnaturalismo do Direito foi pautado em uma idéia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa, em suas palavras:

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804. Ao final do século XIX, com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim. A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na concepção que a ciência é o único conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas. Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico.³

Com o surgimento do Positivismo Jurídico, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes⁴ e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho⁵ afirmam que a lei passa a ser

¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13 ed., Brasília:UnB, 2008 . p. 655.

² IGNACIO JÚNIOR, José Antonio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca-de-sujeitos-constitucionais-por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

³ Ibid

⁴ FERNANDES, Ricard Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucionais*. Disponível em <

considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. Nesse sentido:

Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos.⁶

Sustentam Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes⁷ e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho⁸ que alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.

Para Alfonso Garcia Figueroa⁹ um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema. Então o Pós-Positivismo Jurídico surge, no qual podemos colocar Robert Alexy e Ronald Dworkin como os maiores pensadores.

Segundo um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso¹⁰, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abriram espaço para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Para ele, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de uma concepção difusa, e nela se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, construída e edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Em suas palavras “A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”.¹¹

É no momento Pós- positivista que se concentram as definições mais relevantes para o estudo e entendimento da problemática abordada neste tema.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence> > Acesso em: 06 Fev. 2022

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 201-251.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12-3

¹¹ Ibid.



Há algum tempo, as divergências entre regras (lei) e princípios têm sido objeto de discussões doutrinárias, isso, devido à relevância para a interpretação e aplicação aos direitos e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente.

No livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” Alexy¹² analisa esses institutos, para isso, usa como fundamento a obra de Ronald Dworkin, “Levando os direitos a sério”, nela o autor faz uma crítica ao positivismo jurídico pelo fato do mesmo desprezar o papel dos princípios que, para o autor, representam o ponto de encontro entre o Direito e a moral.

A relevância da teoria de Robert Alexy¹³ se dá devido à necessidade de meios específicos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Vale considerar que, embora de forma divergente, os princípios geram direitos e se tornaram predominantes, alcançando o patamar da normatividade.

Na aplicação das normas aos direitos fundamentais, levanta-se a questão dos conflitos entre regras e na colisão entre princípios. Alexy¹⁴ entende que, os conflitos entre regras são resolvidos de forma diferente das colisões entre princípios.

A solução dos conflitos entre regras se dá pela introdução de uma cláusula de exceção de forma a eliminar o conflito ou declarar que uma das regras seja inválida e extinta do ordenamento jurídico. Pelo conceito de validade jurídica, a regra é ou não válida, não comporta uma graduação. Em suas palavras:

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução da cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida¹⁵

A forma de analisar a colisão entre princípios é diferente, porque, ao contrário das regras, não existe princípio inválido, o que acontece é que o mais viável será aplicado ao caso concreto em determinada circunstância, mas isso não leva à declaração de invalidade para o outro princípio que não foi aplicado.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

Isso, devido à referência que se faz à ideia de sopesamento dos interesses conflitantes que consiste em quanto maior for o grau de interferência em um princípio, maior deve ser a sua importância. Segundo Robert Alexy¹⁶:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

O pós-positivismo consiste em considerar o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, que não possuem hierarquia entre si, porém há diferentes meios de aplicação. Inclui “a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”¹⁷.

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.[...] Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.¹⁸

Regras e princípios, com suas diferenças e peculiaridades, são usados com a finalidade de aprimorar a fundamentação e argumentação principiológica das decisões judiciais, seguindo o raciocínio considerado pelo pós-positivismo.

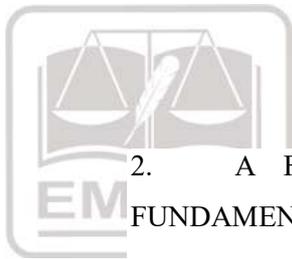
Uma das maiores contribuições desse movimento, que é fundamental para a compreensão do assunto que aqui está sendo abordado, foi acoplar ao modelo de regras e princípios o sistema de direitos fundamentais, estabelecendo modos de soluções de conflitos entre estes e limites às suas restrições, de forma a respeitar a aplicabilidade e efetividade máxima que os mesmos exigem na sua solução.

A normatividade dos princípios possui um papel significativo, pois possibilita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução mais adequada através de uma metodologia procedimental.

¹⁶Ibid., p. 93.

¹⁷BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. p. 336

¹⁸DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Princípios, Regras e Proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC (NOMOS), Ceará, v. 27, p. 177-199, jul./dez. 2007.



2. A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A concretização de direitos fundamentais é importante quando se trata de políticas públicas e prestação de serviço público, principalmente no que tange a análise de sua adequação quanto às previsões constitucionais relativas ao serviço público prestado.

Os direitos e garantias fundamentais, ao longo do tempo, passaram por modificações no que se refere à sua interpretação. Realizaram-se inúmeras mutações até se alcançar, apesar de bastante evidente na atualidade, a ideia de direitos fundamentais da pessoa humana.

Cabe observar que na maioria das situações, os direitos sociais são entregues a sociedade através das chamadas políticas públicas, as quais devem ser criadas e promovidas pelo Poder Executivo o qual tem como função típica a administração do Estado, de acordo com a constituição brasileira.

As políticas públicas são conceituadas nas palavras do ilustre José dos Santos Carvalho Filho¹⁹, como sendo:

[...] políticas públicas, por conseguinte, são diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus facendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins; As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes.[...]

Acontece que o poder público se abstém de realizar determinadas ações que se constituem obrigações sociais do Estado para com a sociedade, com essa situação de omissão estatal gera-se um conflito de interesses, de um lado o poder executivo afirmando a falta de receitas públicas suficientes para viabilizar ações governamentais de caráter obrigatório, e, do outro os particulares lesados em seus direitos buscando, judicialmente, a prestação estatal que lhes é direito.

¹⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: Possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.34.

Diante da inércia da Administração Pública, a busca da sociedade por uma prestação social tornou-se cada vez mais constante, através de uma prestação jurisdicional positiva, surge na doutrina e jurisprudência a discussão acerca desse fenômeno, o qual foi nomeado de judicialização das políticas públicas.

Isso se dá através da busca do Poder Judiciário como última alternativa para a obtenção da prestação de um serviço público, que constitui verdadeiro dever estatal, instrumentalizado em uma prestação de determinado serviço de cunho social, normalmente entendida como política pública.

A atuação do Estado no bem-estar social, através de prestações sociais à sociedade, é indispensável para a garantia do próprio direito à vida e para a concretização do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Considerando o fato, pode-se dizer que o Poder Judiciário Brasileiro, iniciou o controle de políticas públicas de maneira tardia.

A Administração Pública possui relativa dificuldade em promover prestações sociais de qualidade para a população, o Poder Executivo, na maioria das vezes já não consegue atender a filosofia de Estado - Providência, por isso a atuação dos outros poderes, com a medida do tempo, tornou-se necessidade.

Com o estabelecimento de um Estado Democrático e Social de Direito e a positivação de normas constitucionais programáticas determinando planos de governo voltados especialmente para os direitos de segunda geração, o Judiciário passa a intervir mais ativamente no espaço público, nesse contexto Ana Luiza Gomes de Araújo²⁰ em tese desenvolvida na UFMG afirma:

[...] contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever. [...]

Tem-se que o Poder Judiciário passa a desenvolver um papel primário nas atividades da administração pública. Entende-se que quando não há o efetivo

²⁰ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte. UFMG, 2006, p.118.



desenvolvimento de determinadas funções exercidas por um dos poderes a atuação de outro poder é necessária. Diferentemente da inércia que outrora se experimentava pela ideia de não intervenção total entre os poderes. O Judiciário atrai as funções com que são negligenciadas pelos outros poderes.

Atualmente o judiciário brasileiro, com os poderes da constituição de 1988, tem demonstrado, na maioria das vezes, um comprometimento na concretização dos direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, considerando que a via jurisdicional se transformou efetivamente em um dos principais instrumentos de efetivação desses direitos.

Portanto, a judicialização de políticas públicas é a necessidade de intervenção realizada pelo judiciário nos demais poderes, em especial o poder executivo, demonstrando que é possível uma realocação dos recursos públicos para despesas mais urgentes no meio social. Não se trata de ferir a discricionariedade administrativa, posto que é dever dos poderes constituídos realizar prestações à sociedade que tornem concretos os preceitos constitucionais.

3. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL X PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E LIMITES DE APLICAÇÃO

A origem do princípio da reserva do possível, conforme ensinamento de Andreas Krell²¹, foi na Alemanha, em um caso julgado na Corte Constitucional, onde determinado indivíduo reivindicava uma vaga no ensino superior público sem passar pelo processo seletivo. Aduzia o requerente, para tanto, que a Lei Federal do país lhe garantia liberdade na escolha de ofício e profissão, razão pela qual não podia o Estado lhe restringir tal direito, fazendo-o passar por um processo seletivo.

A Corte Constitucional, para o julgamento daquele caso, desenvolveu o princípio da reserva do possível. Decidiu a Corte que a implementação de determinados serviços públicos é condicionada à disponibilidade de recursos e de meios do Estado, motivo pelo qual não se mostra crível exigir prestações que vão além da razoabilidade, o que fez com a pretensão do requerente fosse indeferida.²²

²¹KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.22

²²JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 250

É evidente a difusão do referido princípio pelo mundo, sempre mantendo a coerência com o princípio da razoabilidade em decorrência da limitação material estatal, razão pela qual mister se faz descrever o impacto do princípio da razoabilidade e a sua correlação com o sentido da reserva do possível.

Considera-se que o princípio da reserva do possível seja uma releitura da responsabilidade estatal, visto que leva em consideração a limitação material, orçamentária e orgânica do Estado. Com efeito, os direitos sociais são extensos e se perpetuam no tempo e espaço, sendo implementados por meio de políticas públicas paulatinas; enquanto isso, o Estado é pautado pela lei, pela legalidade, inclusive, o seu orçamento e a disponibilidade de suas ações.

Com isso, o objetivo tem sido buscar conciliar a responsabilidade do Estado com a limitação orçamentária, econômica e orgânica do ente político, conforme ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²³:

[...] é diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Públicas são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público; se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado[...].

O que ocorre é que os recursos dos quais dispõe o Estado são escassos, com isso, entende-se que e a harmonização disso com a responsabilidade estatal é o que demonstrará no caso concreto se o princípio da reserva do possível deve ser aplicado ou não, o que evidencia a ideia de razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como característica primordial assegurar um *minimum* de respeito à pessoa²⁴. Flávia Piovesan²⁵ leciona que por se tratar de um valor norteador que preserva a liberdade individual e a personalidade, alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser relativizado, isso poderia gerar uma instabilidade do regime democrático.

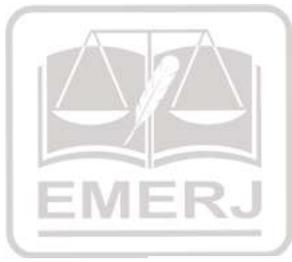
Nas palavras da autora:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as

²³ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p.205-6.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54

²⁵ Ibid



exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.²⁶

Em se tratando de direitos fundamentais, para Tatiana Ieda Cury²⁷:

os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Mínimo existencial é o conjunto de direitos essenciais, imprescindíveis ao ser humano com isso, conclui-se que o mínimo existencial guarda íntima relação com o princípio da dignidade humana, porquanto resguarda um patamar mínimo civilizatório. Neste sentido, Paulo Ramon da Silva Solla²⁸ afirma:

[...] aquele grupo de direitos sociais imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é - mais que uma necessidade - um imperativo [...].

O dilema consiste justamente no limite de como conciliar o mínimo existencial com a reserva do possível. O caso concreto poderá revelar como harmonizá-los e se o instituto analisado será ou não utilizado. Nesse sentido, o direito à saúde pode ser citado como exemplo o qual pode se apresentar sob diversas nuances.

Cabe a análise de um caso em que determinada pessoa pleiteia que o Estado custeie o seu tratamento de comprovada eficácia que funcione no combate de sua enfermidade. Nesse caso, negar o tratamento, poderia ser considerado desumano. Compare-se com outro caso onde o requerente pleiteia que o Estado custeie um tratamento de eficácia duvidosa ou que sequer foi experimentado. Se, por um lado, é incensurável o indivíduo que queira fazer uso desse tratamento, o Estado, contudo, não pode arcá-lo como se fosse uma loteria.

Diante dos referidos exemplos, constata-se duas observações que servem de norte ao princípio da reserva do possível, são elas, a que não há direitos fundamentais absolutos, sejam eles de qualquer natureza (individual ou social), motivo pelo qual a sua exigibilidade individual e imediata deve passar pelo crivo da razoabilidade (a reserva do possível); e a tarefa de aplicar os direitos fundamentais, dentro dos quais se encontram

²⁶ Ibid.

²⁷ CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.02

²⁸ SOLLA, Paulo Ramon da Silva. *Mínimo existencial e patrimônio mínimo*. O equívoco da pré-constitucionalidade. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14508>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

os direitos sociais, deve ser realizada de forma conciliatória com a constituição observando o patamar mínimo civilizatório.

Como o Estado tem deixado de providenciar o mínimo à população, como o direito à saúde a falta deste, tem leva as pessoas a procurar o Poder Judiciário, o qual tem aplicado com freqüência o referido princípio dependendo do caso concreto.

Em outra vertente, considerando o nível de desenvolvimento econômico e social e a distribuição de renda do Brasil está bem longe de ser o ideal. É inviável exigir do Estado que arque de uma vez com todos os gastos oriundos de políticas públicas que visem ao implemento dos direitos sociais, o que inviabilizaria a própria existência do ente político.

Cabe observar que o princípio é aplicado de forma implícita, sem ser citado na fundamentação das decisões judiciais. Por isso, cabe observar que o que caracteriza o instituto é a sua essência, o que o destacará como o princípio da reserva do possível, independentemente da nomenclatura utilizada. Veja, por exemplo, o acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIZAÇÃO IMEDIATA DE VAGAS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU PARTICULARES ÀS EXPENSAS DO ESTADO A TODOS OS HABITANTES DA COMARCA DE CASSILÂNDIA – PEDIDO GENÉRICO E ALEATÓRIO – RECURSO PROVIDO. I- Não se pode impor ao Poder Executivo o fornecimento aleatório e indiscriminado de vagas em hospitais públicos ou particulares às suas expensas, ou medicamentos a todos os habitantes de determinado Município, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes e inviabilizar o sistema único de saúde²⁹

No acórdão transcrito, evidencia-se que não se aludiu expressamente ao princípio, mas se tratava dele. Assim, portanto, poderá haver casos em que não se expressará o *nomen juris* do instituto, entretanto, na realidade, ele será aplicado ao caso em comento. Para se constatar a sua aplicação deve-se analisar o fundamento da decisão, se esta baseia na escassez de recursos do Estado, de forma imediata ou até mesmo mediatamente.

É interessante observar, que na análise da jurisprudência, há alguns pontos em comuns, quais sejam, há uma grande inclinação para a desconsideração do princípio da reserva do possível quando se estiver diante de feito cujo pedido seja o fornecimento de medicamento pelo Estado; o princípio da reserva do possível é aplicável somente quando se tem a escassez orçamentária do Estado evidenciada, que deve ser

²⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-00*. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/GP/diarios/2207-DJ-01062010-Signed.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



comprovada nos autos e quando se estiver diante de direito líquido e certo, a reserva do possível não pode ser oposta simplesmente.

Com o crescimento da procura pelo Judiciário para suprir a falta das garantias do direito à saúde, o princípio passou a ser aplicado demasiadamente, deixando os Magistrados de levar em consideração a dignidade da pessoa humana, o que logo teve que ser revisto e é dilema até os dias de hoje.

Isso porque a maioria dos procedimentos de emergência precisavam de decisões judiciais para serem realizados. Mas o problema ainda consiste no como autorizar um procedimento médico de emergência se não há recursos financeiros para arcar.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, pode-se dizer que diante do estado de precariedade será cada vez mais frequente a busca pelo Poder Judiciário para ter seu direito à saúde assegurada, que diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto na Constituição o Judiciário não poderá deixar de apreciar as demandas, desta forma, sendo provocado a exercer a função atípica de administrar.

Quanto aos casos concretos, é possível concluir que a aplicação do princípio da reserva do possível é uma tendência cuja aplicação consiste em justificar o sistema precário de cumprimento das políticas sociais que visam a assegurar os direitos sociais. Por outro lado, isso não significa que o Estado poderá utilizá-lo para albergar situações de forma a torná-lo irresponsável absolutamente.

O que o princípio da reserva do possível faz é buscar limitar sim a responsabilidade estatal, porém, tais balizas são estipuladas até mesmo pelos próprios limites orgânicos e financeiros de que dispõe o Estado. Assim, portanto, pode-se concluir que no referido princípio prevalece a apreciação da realidade mediante a razoabilidade dos valores que estão em jogo na causa a ser julgada.

Por fim, pode-se observar que o princípio da reserva do possível não visa o absolutismo da irresponsabilidade do Estado. O que se faz é dirimir essa responsabilização quando entra em jogo a concretude dos direitos fundamentais, observando-se, para tanto, dois ou mais valores jurídicos, sem se olvidar de que o Estado é limitado orgânica e financeiramente, devendo ser considerado o primado da razoabilidade e da realidade.

O presente trabalho conclui que a concretização de direitos sociais, considerando o mínimo existencial e os limites da reserva do possível não representam institutos antagônicos, mas funcionam ambos como parâmetros da constitucional atuação ativista do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte. UFMG, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13 ed, Brasília:UnB, 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-0*. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/GP/diarios/2207-DJ-01062010-Signed.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

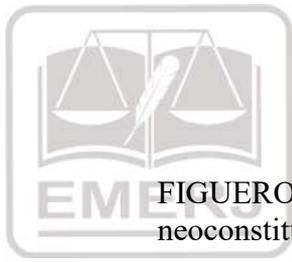
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*. Texto em: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos;

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: Possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Princípios, Regras e Proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC (NOMOS)*, Ceará, v. 27, p. 177-199, jul./dez. 2007.

FERNANDES, Ricard Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence>> Acesso em: 06 Fev. 2022.



FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

IGNACIO JÚNIOR, José Antonio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca-de-sujeitos-constitucionais-por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “reserva do possível”*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KREL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. *Mínimo existencial e patrimônio mínimo: O equívoco da pré-constitucionalidade*. Jus Navigandi Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14508>>. Acesso em: 30 ago. 2021.