

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO**  
**FACULDADE ASCES**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**MARIA JÉSSICA DA SILVA**

**DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DA INEXECUÇÃO DAS**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ARGUMENTO DA RESERVA**  
**DO POSSÍVEL**

**CARUARU**  
**2016**

**MARIA JÉSSICA DA SILVA**

**DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DA INEXECUÇÃO DAS  
POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ARGUMENTO DA RESERVA  
DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES de Caruaru, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc George Diógenes Pessoa.

**CARUARU  
2016**

## **BANCA EXAMINADORA**

**Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_**

---

**Presidente: Prof<sup>o</sup>. George Diógenes Pessoa**

---

**Primeiro Avaliador: Prof.**

---

**Segundo Avaliador: Prof.**

## DEDICATÓRIA

*À Meu Deus, pois nada seria sem a fé que tenho Nele, e aos meus pais José Ginaldo da Silva e Josefa Quitéria da Silva, pois essa vitória é muito mais deles do que minha.*

## AGRADECIMENTOS

À Meu Deus, por me conceder a vontade física, emocional e espiritual para ultrapassar todos os obstáculos que se ergueram à minha frente.

Ao meu pai e minha mãe, que me proporcionaram uma educação de qualidade e sempre me incentivaram com tanto carinho nessa etapa tão importante da minha vida me transmitindo os mais valiosos saberes, compartilhando comigo cada lágrima e alegria. O meu eterno agradecimento amo muito vocês.

Também as minhas irmãs, Jáfissa e Gabryelle que sempre me deram forças nos momentos difíceis, obrigada pela confiança.

A tia Marlene (in memoriam) por tamanho amor e cuidado especial a minha família.

Aos meus mestres que foram tão importante na minha vida acadêmica e em especial ao meu orientador George Pessoa pela paciência e apoio.

Aos meus amigos companheiros de trabalho que fizeram parte da minha vida.

Enfim, a todos que de alguma maneira contribuíram não apenas para o desenvolvimento deste trabalho, mas que diariamente estão presentes na minha vida de alguma forma e que, com seus atos e palavras construtivas me ajudam a conquistar minhas metas e objetivos.

*Somos resultado das viagens  
que fazemos, dos livros que lemos e das  
pessoas que amamos.*

*Airton Ortiz*

## RESUMO

Esta monografia é produto de uma pesquisa bibliográfica e tem como escopo promover um debate à cerca da reserva do possível como limitação à tutela do mínimo existencial, fazendo também uma breve reflexão sobre o ativismo judicial, como forma de contextualizar a problemática em estudo. O atual estágio em que se encontra a administração da saúde brasileira requer que as autoridades públicas estejam sempre atentas para desenvolver políticas públicas de saúde capazes de concretizar o direito fundamental à saúde de todos os brasileiros, uma vez que este se apresenta como um direito fundamental. A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, definiu como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Dentro desse contexto, estão elencados os direitos à saúde, uma vez que a essência da pessoa humana requer uma condição objetiva: os cuidados da preservação da vida. O trabalho apresenta ainda a visão do STF (Supremo Tribunal Federal), sobre a questão e o qual firmou entendimento de que aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

**PALAVRAS CHAVE:** Mínimo Existencial, Reserva do possível, Direito à saúde.

## **ABSTRACT**

This monograph is the result of a literature search and is scoped to promote a debate about booking possible limitation to the protection of the existential minimum, also making a brief reflection on the judicial activism as a way to contextualize the problem under study. The current stage in which is the administration of Brazilian health requires that public authorities are always alert to develop public health policies to the fundamental right to health for all Brazilians, since this is presented as a fundamental right. The 1988 Constitution, in article 1, section III, defined as one of the fundamental principles of human dignity. In this context, they are listed the rights to health, since the essence of the human person requires an objective condition: the care of the preservation of life. The work also presents the STF (Federal Court of Justice), view on the issue and which entered into an understanding that those rights are closely linked to human dignity can not be limited because of scarcity when it is the result of the administrator choices. There is no other reason that states that the reservation of the possible is not enforceable against the realization of the existential minimum.

**KEY-WORDS:** Existential Minimum, possible reserve, Right to Health.



## LISTA DE FIGURAS

- FIGURA 1.** Resultado da pesquisa Datafolha sobre principal preocupação do brasileiro hoje.
- FIGURA 2.** Trajetória dos principais problemas enfrentados pelos brasileiros 2008-2014.

## LISTA DE GRÁFICOS

**GRÁFICO 1.** População acumulada até a idade indicada. Brasil – 2000 a 2050.

**GRÁFICO 2.** Taxas de mortalidade por causas externas (por 100.000 habitantes), segundo faixas etárias e sexo.

## LISTA DE TABELAS

**TABELA 1.** Prevalência da morbidade auto-referida para hipertensão, artrite, diabete e depressão entre idosos (60+ anos de idade) brasileiros, segundo sexo – BRASIL (2003).

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO I – DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE</b> .....	14
1.1 O Direito à Saúde na Constituição Brasileira.....	14
1.2 Políticas Públicas de Saúde no Brasil.....	15
1.3 Panorama Contemporâneo da Saúde no Brasil.....	17
1.4 Políticas Públicas de Saúde e a Concretização de Direitos Sociais.....	22
<b>CAPÍTULO II – MÍNIMO EXISTENCIAL</b> .....	27
2.1 Relação entre Mínimo Existencial e Efetividade dos Direitos Sociais.....	27
2.2 Mínimo Existencial e Dimensão Subjetiva dos Direitos Sociais.....	29
2.3 Mínimo Existencial como Núcleo Essencial dos Direitos Sociais.....	31
<b>CAPÍTULO III – ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	34
3.1 Reserva do Possível e o Ativismo Judicial Aspectos Positivos e Negativos.....	34
3.2 Conceito e Natureza Jurídica.....	41
3.3 Relação entre Reserva do Possível e Mínimo Existencial.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## INTRODUÇÃO

A temática do direito à saúde nos dias atuais representa um grande desafio para a gestão pública, uma vez que cada vez mais se fazem necessárias políticas públicas capazes de efetivar esses direitos de natureza fundamental para todos os cidadãos.

A garantia à saúde está inserida nos direitos ditos de 2ª geração, ou seja, aqueles voltados à redução das desigualdades com o objetivo de buscar o equilíbrio entre igualdade política e social, frente à necessidade de impor ao Estado uma atuação direcionada para atender as demandas da coletividade.

O Sistema Público de Saúde Brasileiro é o resultado de longos anos de luta proporcionado pelo movimento que ficou conhecido como “Movimento da Reforma Sanitária”. Portanto, atendendo aos clamores sociais o constituinte brasileiro, fez surgir juntamente com a Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde, o qual foi consolidado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90.

Neste contexto, o que se pode observar é que, “a relevância pública dada à saúde declarada na CF tem o significado do destaque e proeminência da saúde entre tantas outras áreas e setores”.

A pergunta de pesquisa que orientou o presente trabalho foi: É possível afastar a aplicabilidade do princípio do mínimo existencial em decorrência da reserva do possível na prestação do direito à saúde?

O objetivo geral que orientou esta pesquisa foi: Compreender a posição doutrinária e jurisprudencial quando ao conflito existente entre mínimo existencial e reserva do possível na tutela do direito à saúde.

Os objetivos específicos que constituíram essa pesquisa foram:

- Discutir o Direito Fundamental à Saúde;
- Apresentar concepções teórico-jurídicas sobre o mínimo existencial e a reserva do possível;
- Apresentar a posição do STF e STJ sobre a temática em estudo.

Trata-se de um estudo cuja abordagem foi feita mediante uma pesquisa qualitativa que segundo Beuren (2006, p.92), nesta “concebem-se análises mais profundas em relação ao fenômeno que está sendo estudado”.

Utilizou-se da pesquisa bibliográfica. De acordo com Gil (2010, pp.29-31) “a pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e canais de eventos científicos”.

O estudo se classifica ainda como sendo descritivo porque “na pesquisa descritiva, se observam, registram, analisam, classificam e interpretam os fatos, sem que o pesquisador lhes faça qualquer interferência. Assim o pesquisador estuda o fenômeno no mundo físico e humano, mas não os manipula” (PRESTES, 2012, p.29).

Segundo Prestes (2012, p.29), a pesquisa é exploratória, pois, “Ela tem como objetivo proporcionar maiores informações sobre o assunto que vai ser investigado, facilitar a delimitação do tema a ser pesquisado, orientar a fixação dos objetivos e a formulação de hipóteses ou descobrir uma nova possibilidade de enfoque para o assunto”.

A análise documental se deu por meio de jurisprudência dos Tribunais Superiores bem como de relatórios disponíveis na internet extraída de sites oficiais, obtendo assim maior confiabilidade das informações apresentadas.

A técnica de análise de dados se deu por meio da análise de conteúdo.

## **CAPÍTULO I – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

### **1.1 O Direito a Saúde na Constituição Brasileira**

A Saúde Pública no Brasil vivenciou o ápice do seu caminho de transformações com a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que, a Constituição Cidadã reconheceu a saúde como um bem de todos e dever do Estado, contribuindo significativamente para a aceleração das melhorias que vinham sendo vagarosamente implementadas no âmbito dos direitos sociais.

A garantia à saúde está inserida nos direitos ditos de 2ª geração, ou seja, aqueles voltados à redução das desigualdades com o objetivo de buscar o equilíbrio entre igualdade política e social, frente à necessidade de impor ao Estado uma atuação direcionada para atender as demandas da coletividade (ROCHA, 2010, p. 10).

A garantia da saúde configura-se, não somente, no acesso igualitário dos cidadãos aos serviços de saúde, mas também na formulação de políticas sociais e econômicas que operem a redução dos riscos de adoecer. Neste sentido algumas campanhas e ações desenvolvidas pelo Estado brasileiro, têm se mostrado importantes para promoção da saúde no Brasil, a exemplo da campanha de saúde do homem, saúde bucal, prevenção do câncer de mama, prevenção da AIDS e do tratamento da Tuberculose – TB, inserindo-se aqui também o Programa mais médico, que embora não se constitua como uma espécie de campanha e sim um programa de governo, encontra-se inserido dentro deste contexto de promoção da saúde. (ROCHA, 2010, p. 10). Neste sentido, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, definiu como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Dentro desse contexto, estão elencados os direitos à saúde, uma vez que a essência da pessoa humana requer uma condição objetiva: os cuidados da preservação da vida.

Analiticamente é possível identificar os artigos específicos da Constituição que tratam da saúde, a exemplo do artigo 6º, CF. *In verbis*: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O art. 6º da Constituição ao tratar do direito à saúde o colocou no rol dos direitos sociais, todavia não deixou de conferir-lhe o *status* de direito fundamental. Importante contribuição nos trouxe ainda o art. 196, ao passo que, o entendimento firmado pela interpretação da letra do mesmo, é que o poder público tem o dever de elaborar e adotar políticas públicas de caráter preventivo e, na insuficiência destas, medidas de cunho reparativo. (CNI, 2012, p. 15)

Os arts. 197, 198, 199 e 200 complementam o conjunto de dispositivos que amparam o direito de assistência à saúde conferida a todos os brasileiros. Portanto, faz-se necessário que as autoridades públicas se empenhem ao máximo na elaboração de programas capazes concretizar os direitos dos cidadãos apresentados na norma maior do país, não apenas por envolver um aspecto normativo mas sobretudo pelo efeito social que a garantia da saúde acarreta para o país. (CNI, 2012, p.15)

Observa-se nos dias atuais uma real necessidade de buscar caminhos para que o cidadão brasileiro não tenha vilipendiado este direito tão importante.

Neste sentido uma pesquisa desenvolvida pelo CNI/IBOPE identificou que para 61% dos entrevistados a qualidade do sistema público de saúde do País é “péssima” ou “ruim”. Apenas 10% consideram a qualidade “ótima” ou “boa” (CNI, 2012, p. 16).

Outro aspecto importante da pesquisa e que merece ser destacado diz respeito à evolução do sistema de saúde, assim, “42% dos entrevistados não percebem mudança no sistema público de saúde do País e 43% consideram que piorou. Ou seja, para 85% da população brasileira a situação da saúde pública no País não avançou nos últimos três anos” (CNI, 2012, p. 16).

Portanto, fica evidente a necessidade do gestor público buscar maiores investimento na área de saúde, necessidade esta que já é sentida pela população. A pesquisa em comento observou, por exemplo, que “a grande maioria dos entrevistados (95%) reconhece a importância e a necessidade de se destinar mais recursos para a saúde” (CNI, 2012, p.31).

## **1.2 Políticas Públicas de Saúde no Brasil**

O Sistema Público de Saúde Brasileiro é o resultado de longos anos de luta proporcionado pelo movimento que ficou conhecido como “Movimento da Reforma



Sanitária”. Portanto, atendendo aos clamores sociais o constituinte brasileiro, fez surgir juntamente com a Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde, o qual foi consolidado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90.

Neste contexto, o que se pode observar é que, “a relevância pública dada à saúde declarada na CF tem o significado do destaque e proeminência da saúde entre tantas outras áreas e setores” (CARVALHO, 2013, p.10). Portanto, tanto a saúde pública quanto a privada adquire dentro deste sistema uma relevância pública.

Assim o Sistema Único de Saúde – SUS nasceu com objetivo importante e que ainda não foi assimilado corretamente pela maioria da população brasileira, ou seja, sua razão de ser, diferente do que se tem imaginado, é muito mais o de impedir que as pessoas fiquem doentes do que mesmo tratar das pessoas doentes.

Não significa dizer que a estratégia de atuação do SUS se restrinja à prevenção de doenças, mas sim, apontar que a sua razão de ser teve como ideia central cuidar das pessoas antes mesmo que elas venham a ser acometidas por alguma doença. Assim, sendo observa-se que, uma vez não cumprido o seu objetivo primordial, o sistema acaba sofrendo as consequências de ter que centrar as suas ações no tratamento das doenças.

Recuperação da saúde é cuidar daqueles que já estejam doentes ou tenham sido submetidos a todo e qualquer agravo à saúde. É a ação mais evidente dos serviços de saúde. Somos, infelizmente, tendentes a reduzir a ação do setor saúde a essa área. Costumo dizer que quando temos que tratar de doentes ou de acidentados, tenho um sensação de fracasso dos serviços de saúde e da sociedade por não terem nem conseguido evitá-los (CARVALHO, 2013, p.11).

A Lei nº 8.080/90 definiu claramente os objetivos do SUS ao estabelecer em seu art. 5º que o Sistema Único de Saúde possui como principais objetivos: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Portanto, antes de cuidar da saúde (ações que buscam a cura de enfermidades) faz-se necessário que as políticas públicas de saúde adotadas pelos gestores públicos, nas esferas municipal, estadual e federal busquem primordialmente promover a saúde (ações de prevenção), sobretudo, por que,

“promover a saúde é trabalhar nas causas do adoecer, com participação efetiva das pessoas como sujeitas e atores de sua própria vida e saúde” (CARVALHO, 2013, p.11).

Apenas para se ter uma ideia de como se encontra hoje a saúde do Brasil, uma pesquisa realizada pelo Datafolha e encomendada pela Interfarma – Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, identificou que a saúde é hoje o principal problema do brasileiro, conforme se verificará abaixo.

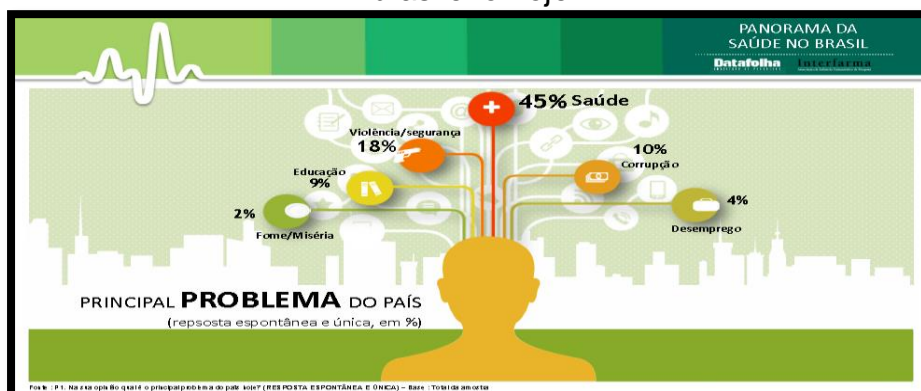
### 1.3 Panoramas Contemporâneos da Saúde no Brasil

A pesquisa mencionada acima foi realizada com 2.109 pessoas a partir de 16 anos, de todos os níveis econômicos em todas as regiões do país. As entrevistas foram distribuídas em 140 municípios de pequeno, médio e grande porte, em cidades da região metropolitana e interior.

A coleta de dados aconteceu entre os dias 10 e 11 de fevereiro de 2014 e os resultados estão disponíveis no endereço eletrônico da Interfarma. Levando-se em consideração os aspectos sociais presentes na pesquisa entendeu-se por bem apresentar alguns resultados da mesma como forma de melhor fundamentar este trabalho.

Portanto, o estudo observou que, quando se perguntou ao entrevistado que respondesse através de uma resposta espontânea e única, qual seria o principal problema do país nos dias atuais, 45% responderam ser a saúde o principal problema do brasileiro. A figura abaixo apresenta o resultado da pesquisa bem como faz um comparativo com outros problemas que têm preocupado o brasileiro.

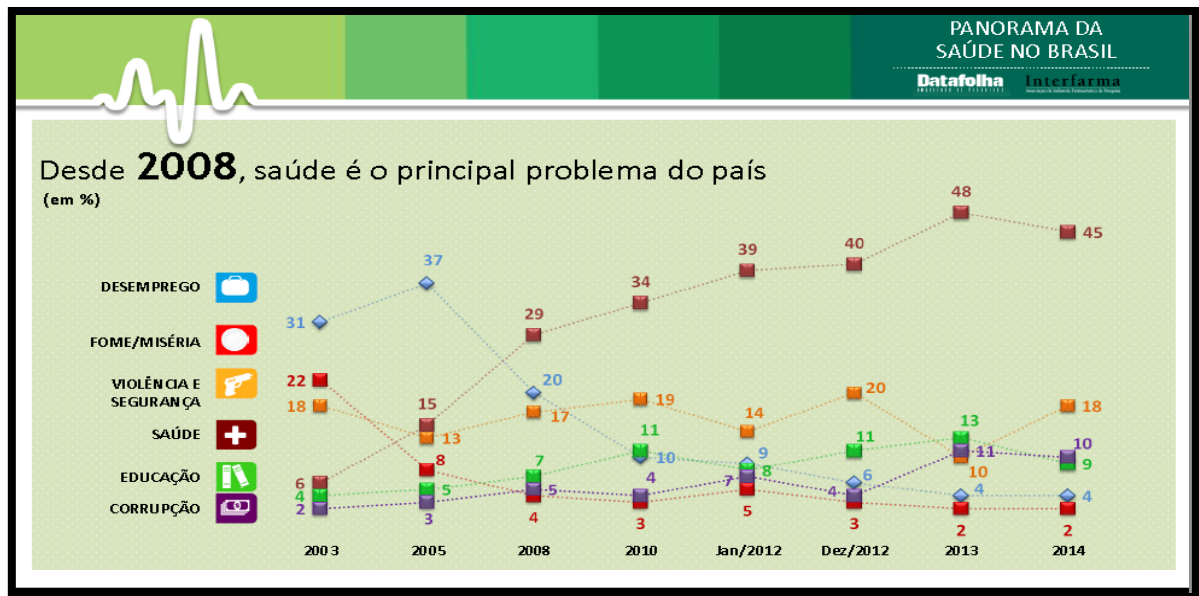
**FIGURA 1.** Resultado da pesquisa Datafolha sobre principal preocupação do brasileiro hoje.



FONTE: Datafolha/Interfarma (2004)

Este é um problema que há muito tempo vem causando transtorno à população brasileira, uma vez que desde 2008 a saúde se apresenta como o principal problema do país, conforme se observa no gráfico abaixo.

**FIGURA 2.** Trajetória dos principais problemas enfrentados pelos brasileiros 2008-2014.



Datafolha/Interfarma (2014).

Estes dados são relevantes porque apresentam um retrato do sentimento que a população apresenta em relação ao problema. Assim torna-se urgente que as autoridades de saúde do país busquem adotar medidas capazes de melhorar esta sensação que o brasileiro vem tendo em relação à assistência à saúde, uma vez que, conforme já se verificou aqui, este é um direito de todo cidadão que se encontra inserido na Constituição de 1988.

Neste sentido observa-se que a garantia deste direito deve ser efetivada por meio de políticas sociais e econômicas cujo alicerce seja os princípios da universalidade, integralidade e participação social. Todavia há de observar uma extrema dificuldade do Estado brasileiro concretizar tais direitos aos cidadãos mesmo depois de passados mais de 20 anos do restabelecimento da democracia no país (TEMPORÃO, 2012, p.30).

Dentro deste contexto de desafios da gestão da saúde existem ainda outros problemas que devem ser enfrentado em longo prazo, mas que se não forem

tomadas medidas emergenciais poderá acarretar em danos sérios para a sociedade brasileira.

Há de ser destacada a mudança na expectativa de vida do brasileiro que sofreu significativa influência nos últimos anos e não obstante isso, a mulher tem apresentado expectativa de vida melhor que a do homem, de modo que segundo estimativas do IBGE “em breve haverá um excedente de quatro milhões de mulheres sobre os homens e isso, evidentemente, terá consequências – inclusive do ponto de vista econômico” (RICUPERO, 2012, p. 52). Cumpre esclarecer que estes conjuntos de mudanças representam um impacto relevante na vida social, uma vez que afeta a produção, a poupança, os investimentos, em fim o comportamento político do país como um todo, de modo que não restará nenhum setor da vida social que deixe de sofrer as influências deste impacto decorrente de tais modificações, e sendo assim a saúde não poderia ficar de fora (RICUPERO, 2012, p. 52). A Saúde Pública no Brasil atravessa um momento de extrema necessidade estrutural, ou seja, faz-se necessária a construção de um modelo constitucional que seja capaz de estabelecer mecanismos de comunicação e discussão capazes de conduzir os cidadãos de uma comunidade a encontrarem respostas para os problemas diários e colocando a estrutura administrativa estatal a serviço destas transformações sugeridas identificadas pelos cidadãos.

A pesquisa nacional de Saúde 2013 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) apresenta alguns dados importantes sobre a saúde no Brasil, as informações seguem nas tabelas abaixo que foram obtidas por meio de consulta ao site do IBGE. Fazendo uma análise da estrutura etária da população brasileira até 2050, no que diz respeito a demandas e problemas gerados para o sistema de saúde pelo novo padrão demográfico de uma população tipicamente envelhecida, que vem se estabelecendo no Brasil, a Rede Integrada de Informações para a Saúde. Neste relatório, são enfocadas, em particular, as consequências atuais e futuras da Transição da Estrutura Etária, suas causas e suas demandas específicas em relação aos serviços públicos, em especial os de saúde.

A Rede Interagencial de Informações para a Saúde – RIPSa criada por iniciativa conjunta do Ministério da Saúde e das OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) reúne instituições representativas dos segmentos técnico-científicos diretamente envolvidos na produção e análise de dados de interesse para a saúde no país. Seu propósito é subsidiar, com informações relevantes, os processos de

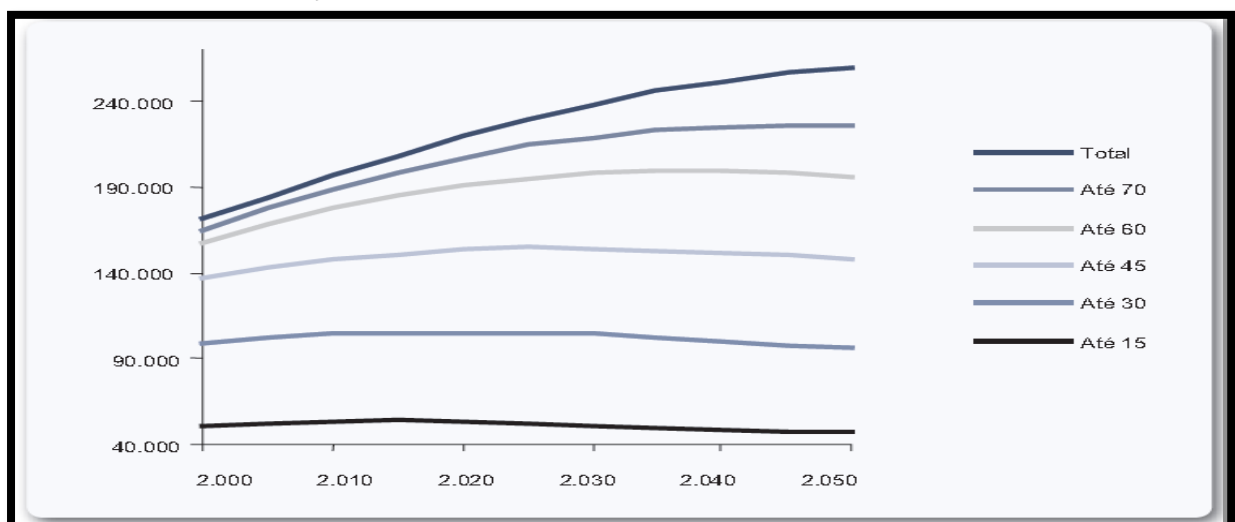
formulação, gestão e avaliação de políticas e ações públicas de importância estratégica para o sistema de saúde brasileiro. A Rede pressupõe compromissos de parceria permanente na produção e uso de dados e informações necessárias para caracterizar o estado de saúde, as respostas do aparelho prestador de serviços e os fatores socioeconômicos que condicionam o quadro sanitário.

Assim algumas informações disponíveis dão conta de que:

Devido à velocidade da queda da fecundidade, a população brasileira deverá, durante os próximos anos, confrontar-se com acentuadas oscilações da taxa de crescimento nas diversas faixas etárias. Nos primeiros anos do presente século, os grupos de menores de 25 anos aumentarão as taxas bem abaixo do valor médio da população total e, a partir de 2020, apresentarão taxas negativas de crescimento. A população de 25 a 64 anos, onde se concentra a força de trabalho ativa, sofrerá também forte desaceleração, já no curto prazo, e seu tamanho absoluto deverá se estabilizar por volta de meados do século XXI. Enquanto isso, os grupos acima de 65 anos aumentarão as taxas positivas e altas durante todo o período (RIPSA, 2009, p. 20)

As informações destacadas pela entidade são suficientes para chamar atenção da população e dos órgãos públicos que estão diretamente envolvidos nas políticas públicas de saúde no Brasil. Assim, o gráfico abaixo mensura muito bem esta situação apresentada acima.

**GRÁFICO 1.** População acumulada até a idade indicada. Brasil – 2000 a 2050.



IBGE, 2006/RIPSA, 2009.

Neste contexto, o que se observa é que as projeções atuais apontam para um envelhecimento progressivo da própria população mais velha. O grupo dos que

tenham 80 anos ou mais – constituindo 17% em 2000 – corresponderá a 28%, em 2050. Entre as mulheres, a proporção das mais idosas passará de 18% para 30,8%.

Esses dados podem interferir significativamente nas políticas públicas de saúde, sendo também possível entender o que está acontecendo já nos dias atuais. Temos uma população que está envelhecendo e as políticas públicas passadas por ignorarem esta possibilidade fizeram com que hoje a faixa etária dos idosos encontrem certa dificuldade de atendimento nos hospitais públicos.

Observe por exemplo nos dados abaixo as informações referentes à morbidade auto-referida para doenças que em regra atingem pessoas já em idade avançada. São dados preocupantes por que a nossa população jovem de hoje poderá encontrar um cenário bem mais complicado que o que vivencia-se nos dias atuais.

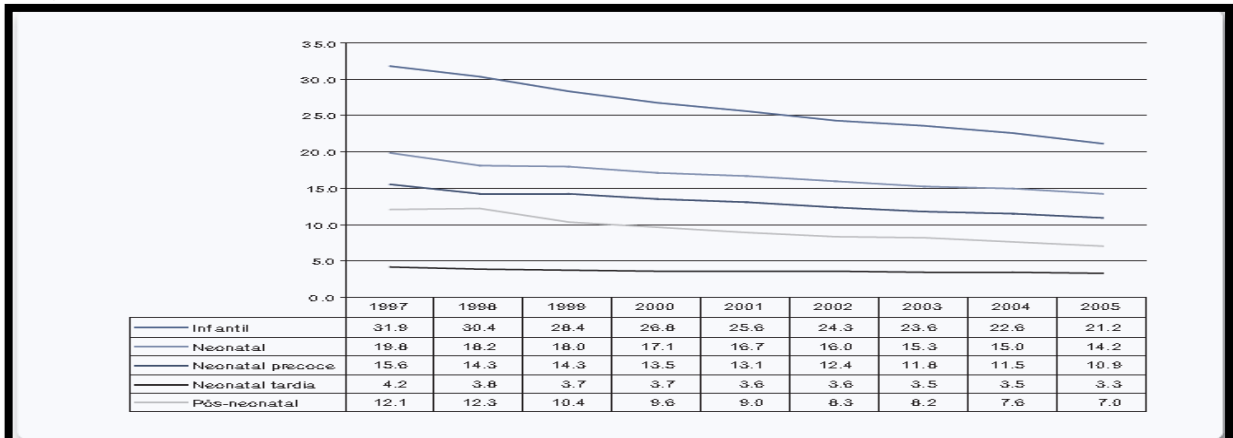
**TABELA 1.** Prevalência da morbidade auto-referida para hipertensão, artrite, diabete e depressão entre idosos (60+ anos de idade) brasileiros, segundo sexo – BRASIL

Condição crônica	Prevalência (%)		Total
	Homens	Mulheres	
Hipertensão	40,4	55,3	48,8
Artrite	20,1	33,0	27,3
Diabete	10,7	14,8	13,0
Depressão	5,9	12,8	9,7

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2003)/RIPSA (2009).

Os idosos estão expostos a diversas formas de violência. Uma delas é a violência institucional, no caso de clínicas e casas de retiro. Nesse sentido, registra-se a necessidade de monitorar a qualidade da atenção que lhes é prestada, especialmente em relação às internações de longa permanência. Outra forma de violência ocorre no âmbito doméstico, questão sobre a qual há necessidade de investimentos em pesquisa (RIPSA, 2009, p. 24). É importante esclarecer também que mesmo entre a população jovem tem sido registrado números preocupantes quanto a taxas de mortalidade, conforme se observa no gráfico abaixo.

**GRÁFICO 2.** Taxas de mortalidade por causas externas (por 100.000 habitantes), segundo faixas etárias e sexo.



SIM/MS/RIPSA (2009).

O quadro atual, conforme sugere o estudo da RIPSA é de que considerados o grau de desenvolvimento socioeconômico do país, a disponibilidade de conhecimentos e de recursos tecnológicos, e a oferta universal de serviços pelo SUS. A taxa de mortalidade neonatal permanece muito elevada (14,2 óbitos por mil nascidos vivos em 2005), se comparada com países como os EUA (4,6 em 2004) e o Chile (5,6 em 2000). Ressaltam os grandes diferenciais regionais: em 2005, a taxa de mortalidade neonatal alcançava 20,7 por mil no Nordeste, enquanto no Sul era de 9,4 por mil (RIPSA, 2009, p. 27).

#### 1.4 Políticas Públicas de Saúde e a Concretização de Direitos Sociais

A cidadania se concretiza por meio de rol de direitos fundamentais como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e a saúde, entre outras garantias que o Estado tem o dever de assegurar à população. No entanto a efetivação desses direitos requer uma prestação positiva do Estado, ou seja, faz-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e execução de políticas públicas capazes de promover a efetivação desses direitos.

Cumpra esclarecer que as políticas públicas podem ser conceituadas como sendo “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos

cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos” (APPIO, 2015, p. 136).

Neste sentido, as políticas públicas no Brasil são desenvolvidas tanto com natureza social como também com natureza econômica, ambas buscando oferecer melhorias das condições de vida a todos os cidadãos.

Portanto, a “edição de uma lei se vincula ao dever de realização eficiente do programa estabelecido na norma-objetivo e o Estado passa a ser a fonte provedora e mantenedora de Políticas Públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum” (MARTINS; KROLING, 2015, p. 153).

Neste contexto as Políticas Públicas acabam assumindo o papel de concretizadoras dos direitos fundamentais de 2ª geração, uma vez que, é por meio dessas políticas que o Estado concretiza a oferta de direitos à população.

Os direitos de segunda geração surgiram com os problemas sociais decorrentes da exacerbada industrialização ocorridos com a expansão do capitalismo e da classe burguesa. Isso desembocou num agravamento das disparidades sociais e numa reclamação por parte da classe proletária que reivindicava melhores condições de trabalho.

Nesse diapasão, o absentéismo estatal não satisfazia às exigências daquela época e os entes públicos começaram a auxiliar a sociedade a superar suas necessidades estruturais. Verifica-se a intervenção do Estado na vida econômica a fim de possibilitar a construção de um estado de bem-estar social. Ganha espaço um catálogo de direitos que o obrigam a prestações positivas, entre outros podemos destacar o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 302).

Um importante destaque desses direitos está no fato de que eles condensam uma igualdade não mais formal, mas material. Isso porque ao contrário dos direitos de primeira dimensão, onde somente as pessoas que detinham condições econômicas exerciam seus direitos e liberdades individuais, os de segunda dimensão exigem do Estado uma postura no sentido de garantir direitos a todos, especialmente aqueles que não podem prover às suas necessidades. (AGRA, 2008, p. 129).

Pela leitura de Paulo Bonavides verifica-se uma reflexão antiliberal no século XX, enraizada nos direitos de segunda dimensão, os quais nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, entendida está num sentido



material. (BONAVIDES, 2009, p. 564).

Além dos direitos ditos sociais e econômicos, a segunda dimensão abarca as Liberdades Sociais que são o direito de greve e direitos dos trabalhadores (férias, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, entre outros).

Vislumbra-se um problema no tocante à eficácia desses direitos definidos como Normas Programáticas, tendo força normativa postergada por estarem assim classificados. Bonavides define a característica dessas normas: “tais direitos exigem do Estado certas prestações materiais que nem sempre são executáveis devido à carência ou limitação de recursos”. (BONAVIDES, 2009, p. 504).

Entretanto, há discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicação de tais normas. Seu caráter programático torna-se “desculpa” para que as mesmas não se tornem aplicáveis. Mas, pelo fato das constituições exigirem aplicação imediata dos Direitos Fundamentais, a observância e execução de tais normas não podem ficar comprometidas somente por se tratarem de normas programáticas. O que se tem visto é a tendência desses direitos tornarem-se tão justificáveis quanto os de primeira dimensão.

E, como define Sarlet: “Não se cuida mais, portanto de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. (SARLET, 2008, p. 55).

Verifica-se, pois, que os direitos de segunda dimensão derivaram do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais dela provenientes. Surgiram a partir das reivindicações das classes operárias em detrimento das condições de injustiça social prevalente nesta época.

Importante destacar ainda que, a supremacia destes direitos tem sofrido limitações no que diz respeito à sua efetividade em decorrência da constante tensão entre estes direitos e o princípio da repartição dos poderes. Contudo, cabe a Administração pública aproximar os serviços das populações e assegurar a gestão efetiva dos interessados (FARIAS, 2010, p. 221)

Assim há de se observar que a proteção destes direitos exige do Estado uma atuação mais enérgica, ou seja, deve buscar atuar de forma ativa de modo a suprir as necessidades sociais que se apresentam. Trata-se, na verdade, de um dever decorrente do modelo de Estado Social cujo constituinte originário achou por bem que fosse adotado, visando desta forma, reduzir as desigualdades e integrar a população, afim de que esta pode de fato presenciar a promoção e o respeito à sua dignidade humana.

A importância desta reflexão repousa no fato de que o judiciário tem deixado transparecer a impressão de que a população está cada vez mais carente da concretização destes direitos. Neste contexto, Norberto Bobbio ensina que um dos grandes problemas para efetivação dos direitos de segunda dimensão é a carência de recursos.

Não obstante as dificuldades de ordem econômica que se impõem para a concretização destes direitos, outro fator preponderante para a não efetivação dos mesmos é a falta de vontade política de alguns, uma vez que, a concretização dos mesmos, não oferecem respostas em curto prazo para os seus interesses políticos. Ante o exposto é que os direitos à saúde, à educação e à cultura, por exemplo, são mitigados à maioria da população.

A sociedade civil assume também um relevante papel no processo de concretização desses direitos constituindo-se como verdadeira protagonista dentro desse processo, tendo em vista que:

[...] o aprofundamento do processo democrático faz com que a sociedade civil demande a participação, que inclui a fiscalização dos administradores, e também canais de comunicação com a própria administração, que ultrapassam o exercício do direito do voto e as campanhas eleitorais. (FRISCHEISEN, 2000, p. 110).

Em que pese a Constituição Federal ter conferido aos direitos sociais a natureza de norma de aplicabilidade imediata, conforme visto acima, há de se observar que a concretização desses direitos está diretamente condicionada à ação política, dependendo, portanto da formulação de leis, bem como da disponibilidade de recursos para que sejam efetivados.

Neste contexto a decisão na esfera pública representa a melhor maneira de estabelecer compromissos sobre as questões aqui abordadas. Por isso as decisões estatais não podem mais se justificar com base no acordo global de natureza tida entre os cidadãos, mas, de modo contrário, “nas sociedades contemporâneas eles discordam veementemente sobre as diversas questões” (FONTE, 2013, p. 113).

Na seara desta discussão cumpre ainda destacar que é dever dos poderes públicos atuar no sentido de viabilizar as regras que constam na Constituição, sobretudo aquelas que buscam garantir direitos fundamentais.

Assim há de se observar que quando a constituição determina que a erradicação da pobreza seja um princípio a ser observada, ela não diz como isto deverá ser feito. Por isto é que se tem refletido que em muitas situações falta

exatamente a especificidade da conduta exigida para tornar exequível o comando jurídico através da via judicial.

## **CAPÍTULO II - MÍNIMO EXISTENCIAL**

### **2.1 Relação entre Mínimo Existencial e Efetividade dos Direitos Sociais**

O mínimo existencial é uma temática que está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra insculpido no art. 1º, III da Carta Magna encontrando respaldo também, no art. 170 da mesma norma, onde se constitui como uma das finalidades da ordem econômica.

O artigo. 1º, inciso. III, da Constituição Federal de 1988 vem acrescentar que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se na verdade do princípio máximo, ou, princípio dos princípios (TARTUCE, 2001, p.985). Diante desse preceito de proteção da pessoa humana é que está em voga hodiernamente, discutir personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado, fazendo com que o patrimônio perca importância em detrimento da valorização da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio da dignidade humana como:

[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008, p.23).

Todavia, em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana primar pelo respeito à condição humana de cada pessoa individualmente, há que se destacar que embora haja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais no Brasil e com a valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que estão tutelados e declarados no Texto Constitucional, infelizmente observa-se a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana.

Na visão de Kant, o ser humano é um sujeito de direito e não objeto do direito. A Constituição brasileira assegura, em vários artigos, a proteção do ser humano, seja fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja protegendo a vida, a saúde, garantindo à igualdade, a liberdade, a segurança e, as condições dignas de sobrevivência por meio da proteção à maternidade e à infância. Igualmente, estende-se a proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado e à

sadia qualidade de vida a ser assegurada à geração presente e futura (Os artigos primeiro, inciso III; o artigo 5, caput; o artigo 203, inciso I e, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988).

Sob este aspecto é que o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. Portanto, o art.5º, parágrafo 1º, da CF determina que os direitos e garantias fundamentais gozam de aplicação imediata, independentemente de norma regulamentar. O referido dispositivo consagra as chamadas ações afirmativas para a defesa de direitos fundamentais, evitando que as normas atinentes à direitos fundamentais fiquem em sede programática.

Conforme já mencionado, a dignidade é inerente ao ser humano, como bem defendiam o jusnaturalistas, e representa um valor intrínseco da própria condição humana. Todo ser humano tem dignidade pelo fato de ser pessoa. Por isso, é complexa a definição do conceito de dignidade.

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana ser dotado de relevante valor e proteção constitucional, existem autores que sustentam a sua relativização, como:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria (MORAES, 2002, p. 60-61).

Destarte, a dignidade da pessoa está no mesmo patamar da dignidade do seu semelhante. Ou seja, não se pode desrespeitar a dignidade do semelhante a despeito da defesa da própria dignidade.

A dignidade da pessoa humana não é apenas uma palavra com conotação ética, ela também expressa “o elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado”, ou seja, aquilo que “assegura ao indivíduo o direito

de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais” (BORGES, 2008, p.229-242).

Na lição de Rodrigo da Cunha Pereira, “A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana”. De modo que, o “sentido do Princípio da Dignidade Humana só se torna efetivo, quando se verifica na Constituição de 1988, o poder atribuído a cada cidadão de se realizar plenamente em sua personalidade” (PEREIRA, 2006, p.106).

Nesta perspectiva, a dignidade humana, deve ser compreendida como um direito e um dever: “um direito a igual direito e consideração, dada a essencialidade da vida humana para cada indivíduo em uma sociedade democrática, e um dever à otimização da vida humana, através do exercício da responsabilidade individual” (ALESSI, 2011, p.2).

Neste contexto é que os direitos sociais estão ligados à dignidade da pessoa humana, na medida em que buscam oferecer aos cidadãos uma existência digna tutelando-lhes o direito à assistência social, à moradia, à educação, à previdência social e à saúde.

Portanto os direitos sociais não apenas estão amparados pelo princípio da dignidade humana como também relacionam-se com as noções de mínimo existencial na medida em que este serve como parâmetro de verificação dos padrões mínimos de direitos que devem ser oferecidos pelo Estado (SARLET, 2008, p.28).

Assim, podem-se verificar algumas controvérsias em relação ao tema, as quais, no sentido de que delimitar o conceito e estabelecer o conteúdo do mínimo existencial não tem sido tarefa muito fácil, sobretudo porque, os direitos sociais são subjetivos além do que a amplitude desses direitos gera muita dificuldade para a sua concretização no caso de colisões, principalmente com a reserva do possível conforme será analisado aqui.

## **2.2 Mínimo Existencial e Dimensão Subjetiva dos Direitos Sociais**

A possibilidade do titular de um direito exigir o seu cumprimento de uma obrigação por parte do poder público representa aquilo que a doutrina denomina de “dimensão subjetiva dos direitos sociais”. No entanto, o reconhecimento dos direitos

sociais como direitos subjetivos não é uma matéria pacífica no entendimento doutrinário, tendo em vista que ainda se debate muito sobre o patamar de efetividade das normas de direitos sociais.

Portanto, há quem entenda que a dimensão subjetiva dos direitos sociais está relacionada ao mínimo existencial e, desta forma, haveria uma relação de dependência entre direito social e mínimo social:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático (TORRES, 2003, pp. 1-2).

Por sua vez, enfatiza com real propriedade, a inviabilidade de se exigir do Estado todos os direitos previstos na Constituição Federal, sobretudo porque, não haveria recursos suficientes para isto, muito embora, por exemplo, no caso do direito a educação seja possível acetificá-lo como direito subjetivo em decorrência do fato de pertencer ao mínimo existencial.

Assim sendo é possível mencionar que:

Assim, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito de todos, o direito à educação, a depender da ótica em que seja analisado, será passível de enquadramento na categoria dos direitos subjetivos, pois integrante do denominado mínimo existencial. [...] Não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas. [...] Essa tese, infelizmente, destoa de um padrão de razoabilidade, motivo pelo qual seu prestígio está em franco declínio. Como contraponto, tem-se o mínimo existencial, que, face o seu conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade, atende à razão e satisfaz à dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2004, p. 4)

Doutrina diversa, entretanto, destaca que pensar desta forma não contribui de maneira positiva, na medida em que, pode dar margem a interpretações essencialmente restritiva do conteúdo do mínimo social.

Assim sendo:

Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica dos direitos sociais, diminuindo até onde pode o conteúdo “essencial” do direito, até porque o balizamento sobre o que será esse “conteúdo mínimo” ficará a cargo da doutrina e da prática judicial. O que seria, por exemplo, o mínimo existencial em matéria de educação? Seria

apenas saber escrever o próprio nome? Ou então o mínimo existencial em matéria de moradia? Não dá para responder com segurança (LIMA, 2009, p. 111).

Diante deste contexto é que se instala uma considerável problemática, ou seja, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente, de um modo tal que para que se chegue ao mínimo faz-se necessário que se proceda a uma ponderação. Assim haveria uma estrutura bipolar caracterizada pelo exigível e o não exigível, mas que não seria possível de mensurar, deixando margem ao estabelecimento do que se denomina de achismo, ou seja, um campo vasto de subjetivismo (AMARAL, 2001, p. 213).

Também há de se considerar que:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficácia progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade) (CLÈVE, 2006, p.38).

### **2.3 Mínimo Existencial como Núcleo Essencial dos Direitos Sociais**

O “Núcleo Essencial” deve ser entendido como aquela parcela da norma que não pode ser restringida pelo Estado e neste sentido, garantir esse núcleo essencial se configura como a proteção do conteúdo mínimo da norma (MATSUDA et al, 2015, p. 8).

O mínimo existencial em regra é apontado pela doutrina como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, e desta forma, acaba refletindo na exigibilidade quanto às prestações materiais previstas na norma. Neste sentido, o judiciário tem sido o locus de exigibilidade deste prestação, ou seja, é por meio do judiciário que a sociedade encontra o caminho para compelir o Estado a efetivar as prestações positivas.

Por isso, a doutrina tem se referido ao conteúdo essencial como “uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando um terreno que a Lei que pretende limitar/regulamentar um direito não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade” (MARTIN; RETORTILLO *apud* MATSUDA et al, 2015, p. 8).

A discussão em torno do núcleo essencial desses direitos fez com que a doutrina se dividisse em duas correntes: a corrente da teoria objetiva e a corrente da



teoria subjetiva. Cada uma dessas correntes apresenta contribuições importantes para a discussão sobre o tema, portanto, cumpre trazer aqui algumas considerações relevantes sobre as mesmas.

Para os defensores teoria objetiva, a norma jurídica é o objeto de proteção da garantia do núcleo essencial e desta forma, a depender do caso concreto, poderá o direito subjetivo ser suprimido. Portanto, a posição adotada aqui é que o conteúdo essencial dos direitos sociais deve ser definido a partir da análise de seu significado para toda a sociedade.

Esta teoria não está livre de críticas. O que se tem afirmado quanto esta teoria é que:

Embora esse enfoque faça sentido, é fácil perceber que ele não oferece praticamente proteção alguma além daquelas que já decorrem automaticamente da ideia de cláusulas pétreas. Para casos individuais ou mesmo para casos gerais em que a restrição não põe em risco o direito fundamental em seu sentido 'para o todo social', mas pode implicar total eliminação em situações concretas, o enfoque objetivo não oferece proteção alguma. Por isso, deve ser complementado por um enfoque subjetivo (AFONSO SILVA, 2009, p. 186).

Observa-se que esta teoria é rechaçada por se entender que, ainda que a mesma, não venha por em risco direito fundamentais, poderá no caso concreto representar eliminação total de um determinado direito.

Por sua vez, o direito subjetivo do indivíduo é protegido por meio da Teoria Subjetiva. O fundamento desta teoria é que “a limitação a um determinado direito fundamental deve ser analisada em relação ao seu titular, e não em relação a toda a coletividade” (MATSUDA et al, 2015, p. 9).

Assim é possível argumentar que:

Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados. Com base nisso, aqueles que defendem em enfoque meramente objetivo argumentam que o enfoque subjetivo não teria como lidar com tais situações, enquanto a resposta a partir de uma dimensão objetiva seria clara: em nenhum desses casos o conteúdo essencial desses direitos, em sua função para a vida social, foi atingido (AFONSO SILVA, 2009, p. 186-187).

Esta é a teoria mais aceita pela maioria dos doutrinadores, no entanto, há quem ainda considere importante que se faça uma ponderação, ou seja, que se busque fazer uma conjugação entre as duas teorias. Neste sentido é o pensamento de Luís Fernando Sgarbossa ao afirmar que:

Sustenta-se, aqui, portanto, a conjugação das teorias objetiva e subjetiva, tendo em vista que não faz sentido a manutenção de uma garantia institucional, meramente objetiva, intangível em seu núcleo, cuja dimensão subjetiva seja franqueada, ainda que motivadamente, mesmo em sua essência. Tal interpretação é, em nosso juízo, insubsistente em face da teleologia do instituto jurídico dos direitos fundamentais: objetivando à concreta proteção da pessoa, nada significa sua dimensão objetiva dissociada da dimensão subjetiva. A pretensão de tal dissociação é insubsistente do ponto de vista de uma teoria jusfundamental coerente e consistente (SGARBOSSA, 2010, p. 294-295).

A grande questão a ser esclarecida é que poderão ocorrer situações em que um direito social não tenha em seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial, especialmente porque existe uma diversidade de modalidade de direitos sociais que encontram-se positivados na Constituição Federal.

Neste sentido é suficiente tomar como exemplo o direito a saúde cujo conteúdo equivalente ao mínimo existencial e o seu núcleo essencial parece bastante cristalino, conforme destaca Ana Carolina Lopes Olsen ao afirmar que “no caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara, mas tal não ocorre quanto ao direito fundamental à participação nos lucros do empregador” (OLSEN, 2006, p.6).

A temática vai encontrar maior relevância quando se estão em confronto o mínimo existencial e a reserva do possível uma vez que parcela doutrina vai se posicionar no sentido de que o mínimo existencial seria um núcleo intangível do direito social, não sendo possível, portanto, cogitar a sua sucumbência diante de da alegação da reserva do possível. Por sua vez há outros doutrinadores que em sentido inverso entende que, ainda que a lide esteja relacionada ao mínimo existencial seria possível a prevalência da reserva do possível.

## CAPÍTULO III –ATIVISMO JUDICIAL

### 3.1 Reserva do Possível e o Ativismo Judicial Aspectos Positivos e Negativos

A evolução da sociedade representou muito mais que o crescimento econômico e social das nações ou o desenvolvimento tecnológico. Ela se fez notar também no campo jurídico uma vez que a modernidade fez surgir o Estado Democrático de Direito, este que, incorporado em todas as constituições modernas se faz notar através de regras e princípios que buscam a proteção das minorias frente às majorias e se consubstancia nos Direitos Fundamentais, ou seja, na concretização dos direitos individuais, difusos e coletivos.

Neste sentido é importante esclarecer que:

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma série de tarefas políticas, sociais, econômicas, culturais, traduzidas por normas tarefas e normas fins, por missões constitucionais plasmadas no texto fundamental, que se expressam através do que tradicionalmente chamamos de normas programáticas; também o amplo leque de direitos fundamentais individuais, econômicos, políticos e culturais que encontramos no sistema de direitos e garantias fundamentais, expressam os principais valores a serem perseguidos e realizados em um Estado Democrático de Direito (ESPÍNDOLA, 2004, p.111).

Depreende-se assim que o Estado Democrático de Direito encontra-se segmentado, apresentando uma vertente “substancialista” e outra “procedimentalista” (STRECK, 2006, pp 104 e 155). Neste sentido, a primeira volta-se para a concretização dos Direitos Fundamentais, ou seja, trata da própria democracia em si, ao passo que a segunda se faz notar na atividade política de legislar e que vem sendo aplicada pelo judiciário (ESPÍNDOLA, 2004, p.111).

Esta sistemática tem suas raízes, pode-se assim dizer, com a criação das constituições dirigentes, as quais foram responsáveis por conflitos de poder que se apresentaram nas três esferas políticas, surgindo assim o sistema de pesos e contrapesos “*check and balances*”, ou seja, uma sistemática em que “a Corte Constitucional por via da Jurisdição Constitucional, pode este regular os demais poderes, através de um controle de constitucionalidade, e dos atos administrativos” (SANTOS; BALESTRIN, 2011, p.464).

Portanto, em conjunto com a Democracia Substanciativa surge o ativismo Judicial levando o Poder Judiciário a exercer atividade de regulação perante os demais poderes (SANTOS; BALESTRIN, 2011 p. 200).

Neste sentido, um conjunto de fatores tem contribuído para que o Poder Judiciário seja levado a adotar uma postura ativa, sobretudo, diante da necessidade de atender aos anseios da sociedade, provocando assim o crescimento e expansão do próprio judiciário, desencadeada pela necessidade de estar este aberto a todos.

Há de se destacar desta forma que:

[...] não nos tornamos mais litigantes porque as barreiras processuais caíram. A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Ele se origina da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito (CAPELLETTI, 1993, p.55).

Não com deixar de destacar que a separação dos poderes é um combustível que dotou a jurisdição constitucional de uma força motriz, fazendo com que a busca pelo equilíbrio entre os três poderes tenha como formula principal o Tribunal Constitucional, ou seja, o Poder Judiciário.

Assim:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juizes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia (DWORKIN, 1993, pp. 09-15)

Neste sentido o ativismo judicial tem se demonstrado como uma ferramenta em que por meio da atividade judicial o Poder Judiciário busca concretizar direitos, de modo especial visando dar efetividade ao Estado Democrático de Direito.

O Ativismo Judicial pode ser entendido como a sistemática por meio da qual o Poder Judiciário tem sido convocado cada vez mais a atuar de forma ativa na solução das demandas jurídicas, de modo que a sua atuação, inevitavelmente tem o conduzido à “criação de direitos”.

Em que pese já ter surgido algumas críticas, sobretudo, quando a possibilidade de o judiciário com esta atividade estar adentrando em uma esfera que não é da sua competência, tendo em vista que a atividade legiferante é de competência do Poder Legislativo, observa-se que o Ativismo Judicial pode trazer

alguns benefícios para o jurisdicionado, sobretudo porque muitas vezes o legislador é falho na criação de normas ou mesmo sistema de proteção das garantias e direitos fundamentais.

Diante do que fora demonstrado nas linhas acima, é de relevância avaliar os aspectos positivos e negativos da atuação do judiciário no controle das políticas públicas. Sobre o tema, encontra-se na doutrina algumas críticas como as estabelecidas por Ana Paula Barcellos que as dividiu em três grupos.

Assim, na visão da autora a problemática pode ser analisada a) críticas relacionadas à teoria da Constituição; b) críticas de natureza filosófica e c) críticas operacionais (BARCELLOS, 2008, p. 118). Estes são aspectos importantes de serem observados uma vez que tem sido cada vez mais frequente a busca da população pela concretização de direitos prestacionais por meio do judiciário.

Neste contexto, a primeira crítica destacada pela autora, ou seja, relacionada à teoria da Constituição, decorre da possibilidade de intervenção do judiciário em situação que estão reservadas a uma deliberação unicamente política. Assim questiona-se a atuação do judiciário neste campo, argumentando que “mesmo a dogmática dos princípios constitucionais reconhece que os princípios são compostos de uma área nuclear, que impõe determinados efeitos, e uma área não nuclear, que permite a escolha legítima pelas maiorias políticas” (MORAES, 2010, p. 3).

Não se pode deixar de observar que as políticas públicas se submetem ao controle político-social dos grupos de oposição e da própria população, cujo maior exemplo de manifestação se dá nas eleições. Assim, entende-se que ao adentrar no espaço político, o judiciário estaria provocando sérios desequilíbrios que desencadeia graves prejuízos à democracia.

O que se observa neste contexto é que a ideia da autora parte do pressuposto de que não cabe ao judiciário determinar o que o poder público deve ou não fazer, tendo em vista que existem outros meios de compelir o administrador a cumprir com as suas obrigações de cunho político.

Do ponto de vista filosófico, questiona-se a atuação do judiciário nessas políticas públicas sob a alegação de que não há como afirmar que juristas e juízes possam ser capazes de tomar decisões melhores que as dos próprios agentes públicos quando a matéria diz respeito a políticas públicas.

Seria muita presunção fazer tal afirmação, pois um dos fundamentos básicos da república, é que, a opinião de todos os participantes da sociedade possui o mesmo valor no cenário político.

Por sua vez, do ponto de vista operacional questiona-se que “nem juristas, nem juízes dispõem de elementos suficientes para avaliar a realidade estatal como um todo” (MORAES, 2010, p. 3). Neste sentido, considerando que o judiciário está acostumado a analisar o caso concreto, o juiz pode na sua decisão deixar de analisar outros fatores igualmente relevantes que requerem o gerenciamento de recursos, os quais muitas vezes são limitados, podendo-se provocar inclusive algumas distorções no sistema quando observado de forma global.

Na lição de Luiz Roberto Barroso a atuação do Judiciário deve se limitar a situações em que esteja em jogo a preservação da democracia e dos direitos fundamentais, além do que, para que encontre legitimidade deve estar fundamentada na Constituição. Desta forma, esclarece o autor que:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição (BARROSO, 2015, p. 03).

Observa-se, portanto, que a temática envolve uma ampla discussão uma vez que a cultura pós-positivista defende que Direito e Política não se confundem, mas devem estar o quanto mais próximo da ética possível, afim de, transformarem-se em instrumento de justiça. No entanto, há de se observar que existe uma linha tênue, nem sempre nítida entre o Direito e a Política. Neste sentido Barroso aponta esta dificuldade de identificação da diferença pontuando que:

- (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis;
- (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;
- (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua

subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. (BARROSO, 2015, p.4)

Portanto observa-se que é preciso ter bastante cuidado para que não haja uma intromissão do judiciário excessiva que seja capaz até de promover a sua politização. O magistrado deve se abster de adentrar em certos contextos políticos, tais como a partidarização, para tomar suas decisões.

Apresentadas as críticas faz-se necessário refletir sobre as posições favoráveis ao ativismo judicial, que na maioria das vezes encontra amparo na doutrina favorável, sob o argumento da necessidade de efetivação dos direitos sociais, além do destaque feito para a redução da desigualdade, à garantia da dignidade humana e o exercício da liberdade.

Sintetizando a doutrina favorável:

Em primeiro lugar, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e clientelismo na gestão das políticas públicas. Em segundo lugar, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, não existem apenas duas opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias (BARCELLOS, 2008, p. 122).

No mesmo sentido ao argumento filosófico de que inexistente razão para considerar os juízes melhores ou mais sábios que os agentes públicos, a autora supracitada, esclarece que:

É inegável a existência de padrões ou consensos morais de certo/errado ou bem/mal segundo os quais a sociedade se orienta. Nessa seara, uma posição individual sobre determinada matéria pode ser confrontada com esse padrão e ser considerada certa ou errada; portanto não se trata de conferir maior valor à opinião do juiz por questões subjetivas, mas permitir a análise das decisões políticas segundo os consensos sociais. O mesmo raciocínio se aplica quando estão envolvidos conhecimentos técnicos e científicos consolidados. O controle judicial das políticas públicas pode ter fundamento jurídico, moral ou técnico-científico (BARCELLOS, 2008, p. 122).

No que diz respeito ao argumento de que os juízes ao julgarem casos concretos não teriam condições de avaliar a toda a autora destaca, “embora seja fato que o juiz nem sempre dispõe de informações e tempo suficientes para tanto, essa circunstância não inviabiliza o controle judicial” (BARCELLOS, 2008, p. 122).

Trazidas as considerações acima é importante destacar que a jurisprudência STJ, em consonância com entendimento já firmado no STF caminha na direção da inadmissibilidade da invocação da cláusula da reserva do possível. No STF a posição se extrai do RE 482.611, conforme se verifica abaixo.

Crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. Programa sentinela–projeto acorde. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e RE 482.611 / SC 2 tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). Recurso Extraordinário do Ministério Público Estadual conhecido e provido.

O relator do acórdão foi o ministro Celso de Melo, o qual para fundamentar sua decisão citou posicionamento seu sobre a temática em outro julgado, onde o mesmo destacou que:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Assim, a posição do magistrado sobre a problemática aqui estudada, parte do pressuposto de 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Cumprindo ainda destacar decisão recente do STF no sentido de que:



52849/2013-STF. O Estado do Pará requer seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* (fls. 566). No caso, trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que, ao reformar a sentença de 1º grau, entendeu não caber ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional sob pena de ingerência indevida em seara reservada à Administração, não obstante o reconhecimento de que as precárias condições desses estabelecimentos importam ofensa à integridade física e moral dos presos. Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral do tema versado neste recurso. Transcrevo a “CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL” (fl. 435). É o breve relatório. Decido. De acordo com o § 6º do art. 543-A do Código de Processo Civil: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Por sua vez, o § 2º do art. 323 do RISTF assim disciplinou a matéria: Mediante decisão irrecorrível, poderá o (a) Relator (a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral”. A esse respeito, assim se manifestou o eminente Min. Celso de Mello, Relator, no julgamento da ADI 3.045/DF: “a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”. Verifico que o requerente atende aos requisitos necessários para participar desta ação na qualidade de *amicus curiae*. Isso posto, defiro o pedido. Publique-se. Brasília, 18 de março de 2014. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator - (STF - RE: 592581 RS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/03/2014, Data de Publicação: DJe-056 DIVULG 20/03/2014 PUBLIC 21/03/2014)

Neste sentido o que se pode destacar é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS). A corte gaúcha entendeu que não caberia ao Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à Administração Pública.

A jurisprudência do STJ sobre o tema em estudo tem se posicionado à luz dos seguintes argumentos:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO

MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. [...] 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. [...] 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido. (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

Não é difícil perceber a importância que a temática assume, sobretudo, no campo dos direitos fundamentais. Tanto o STF como STJ demonstram flagrante preocupação com a atitude do poder estatal de em certos casos querer se eximir do dever de prestar os direitos que são fundamentais para a sobrevivência do ser humano ou que estão intimamente vinculados à proteção da dignidade humana conforme se observa:

[...] a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

Em que pese reconhecerem a aplicabilidade da reserva do possível, os posicionamento se fizeram no sentido de que deve haver prova objetiva de que a prestação trará ônus financeiros insuportáveis ao estado.

### **3.2 Conceito e Natureza Jurídica**

O princípio da reserva do possível, também conhecido como reserva de consistência é originário do direito alemão. O caso que deu origem ao termo foi uma

disputa judicial em que estudantes pleiteavam no judiciário o direito de “cursar o ensino superior público com base na livre escolha do trabalho, ofício ou profissão” (MELO *et al*, 2011, p. 1).

Neste contexto é importante destacar que “a teoria da reserva do possível tem sido interpretada como limitação à efetivação de Direitos Fundamentais Sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do Direito” (COSTA; OLIVEIRA, 2011, p. 7).

O conceito pode ser visualizado como a possibilidade ou não de limitar a garantia de direitos, que em regra são direitos sociais, os quais o Estado tem o dever de ofertar, tais como o direito à saúde. O termo conduz ao questionamento a respeito da possibilidade do Estado se eximir desta responsabilidade alegando insuficiência de recursos financeiros para a prestação da referida assistência.

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Assim, considerando os aspectos conceituais, torna-se relevante para o seu melhor entendimento, investigar a natureza jurídica deste instituto. Sobre o tema, diversas correntes podem ser referidas, uma vez que o mesmo pode ser visualizado sob diversos aspectos relevantes e que compõem a sua natureza, conforme se verificará nas linhas seguintes.

Visualiza-se assim um novo modelo constitucional agora estruturado por um sistema aberto de princípios e regras, sistematizado por Ronald Dworkin, e para o qual a doutrina tem acenado positivamente, uma vez que, “a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (STRECK, 2008, p.229).

Neste sentido, em que pese o longo debate travado pela doutrina a respeito do caráter normativo dos princípios ter apresentado algumas divergências, hodiernamente, é praticamente unânime tal entendimento, colocando-os ao lado das regras jurídicas como formadores do sistema jurídico (MEDINA, 2011, p.205), de modo que, cada vez mais se visualiza sua aplicação na solução de conflitos

jurídicos.

Assim, considerando que a reserva do possível encontra-se dotada de relevante carga de abstração tem-se cogitado a possibilidade de conferir ao mesmo o status de norma, especificamente de norma principiológica.

No entanto, esta corrente é combatida ao argumento de que:

Sob esta concepção, a reserva do possível deixa de ser um elemento a ser considerado na ponderação entre princípios para se tornar, ela mesma um princípio. Contudo, o sentido a ela conferido por ocasião de seu surgimento, ou seja, de exigibilidade limitada àquilo que o indivíduo, racionalmente, pode esperar da sociedade (KRELL, 2002, p.52).

Neste sentido o que se tem destacado é que, sob a ótica do tribunal constitucional alemão, de onde se originou o instituto, a oferta insuficiente de vagas, deve ser ponderada não com a reserva orçamentária em si, mas, principalmente, com o princípio da igualdade.

Em que pese o entendimento firmado acima, há também quem classifique a reserva do possível como uma cláusula, deduzindo-se, portanto, que essas seriam “cláusulas abertas” cujo conceito deve ser entendido como “formulações de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem tratamento jurídico a todo um domínio de casos” (ANGISCH, 1979, p. 189).

A jurisprudência pátria registra exemplo cristalino deste conceito na arguição de preceito fundamental nº 45 cujo relator foi o ministro Celso de Melo.

[...] os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (MELO *apud* SILVA, 2007, p. 189).

Neste contexto, deve-se entender que as cláusulas gerais, diferente do que possa parecer não são princípios, nem regras, nem conceitos jurídicos indeterminados, mas busca dar maior visibilidade aos princípios, torná-los mensuráveis.

As cláusulas gerais “têm função ‘instrumentalizadora’, tornando mais concreto o conteúdo abstrato e genérico dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados, sendo “mais concretas e efetivas do que esses dois institutos”. (NERY, 2002, p. 5 a 7)”. Diante deste conceito o que se parece mais adequado é

tratá-lo como função instrumentalizadora do que mesmo como princípio jurídico. No entanto, o problema de tratá-la desta forma é que:

A cláusula aberta confere ao julgador (administrador ou juiz) um âmbito decisório de preenchimento, sendo um elemento de ponderação constante e obrigatório. A reserva do possível, como se demonstrará abaixo, não tem essas características, tornando necessário outro delineamento (OLIVEIRA, CALIL, 2015, p. 372).

Assim visualiza-se o qual dificultoso é estabelecer a natureza jurídica do instituto, motivo pelo qual existe diversos entendimento para a matéria. Assim, não obstante as duas visões apresentadas acima, o instituto ainda pode ser compreendido como traço característico dos direitos fundamentais prestacionais; restrição aos direitos fundamentais; limite aos direitos fundamentais; obstáculo à concretização dos direitos prestacionais, resultado da interpretação econômica dos direitos fundamentais, limite real à efetivação dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, CALIL, 2015, p. 372).

### **3.3 Relação entre Reserva do Possível e Mínimo Existencial**

Apresentadas as considerações é importante trazer aqui outra discussão igualmente importante, inerente à temática em estudo que é justamente a contraposição entre a reserva do possível e o mínimo essencial, também conhecido como “mínimo existencial”.

Retratar esta discussão se torna relevante na medida em que se observado que “[...] o mínimo existencial está em constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverá prevalecer (JORGE NETO, 2008, p. 151).

Impõe-se ainda a necessidade de delimitar a amplitude dos dois conceitos, ou seja, estabelecer a relação existente entre um e outro. Assim é preciso identificar como esses institutos se antecedem, uma vez que não existe uma definição clara de qual deles dá sustentação ao outro.

Questiona-se, portanto se: “A reserva do possível limita os direitos fundamentais prestacionais a um mínimo necessário, ou a incidência da reserva financeira é de aplicação geral, apenas encontrando restrição no que tange a um núcleo dignitário mínimo?” (OLIVEIRA, CALIL, 2015, p. 372).

Levando-se em consideração a posição doutrinária há de se destacar que:

No caso Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919 (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 24).

No que diz respeito à caracterização do núcleo essencial existem duas teorias. A teoria relativa, para a qual o núcleo essencial se configura como o resultado de uma ponderação, justificando desta forma uma eventual intervenção decorrente da dimensão dos princípios envolvidos no embate. A segunda teoria, chamada de teoria absoluta, defende a existência de um núcleo essencial intangível, determinado em abstrato (OLSEN, 2008, p. 150 a 153).

Oliveira e Calil, 2015, fazem um importante destaque ao afirmar que o “núcleo essencial” necessita de prestações estatais e que esse conjunto de direitos tem sua eficácia positiva reconhecida de maneira quase pacífica na doutrina.

Porém os autores destacam que ainda falta encontrar uma resposta para o questionamento se “a reserva do possível é obstáculo fático geral aos direitos prestacionais, ou se é a reserva do possível que delinea o mínimo essencial, restringindo todos os direitos que a ele não pertencem” (OLIVEIRA; CALIL, 2015, p. 373). A adequação em um ou em outro conceito apresenta relevância em virtude das consequências que deles decorrem. Assim:

[...] quando se entende que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, está-se perante uma teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos. Ao contrário, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial é dado pela reserva do possível, esse conjunto de direitos derivará de uma ponderação, sendo que pode ser restringido no caso concreto. Sob este prisma, o mínimo essencial apenas existiria em decorrência da existência da reserva do possível, o que não ocorre em verdade. Adotada esta tese, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a fazer parte do embate, considerando-a, sim, como característica dos direitos prestacionais (OLIVEIRA; CALIL, 2015, p. 373).

Assim, observa-se que, tanto um como o outro conceito podem ser adotados, a diferença está no resultado que deles será obtido, bem como as consequências que deles poderão advir.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidadania se concretiza por meio de um rol de direitos fundamentais como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e a saúde, entre outras garantias que o Estado tem o dever de assegurar à população. No entanto a efetivação desses direitos requer uma prestação positiva do Estado, ou seja, faz-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e execução de políticas públicas capazes de promover a efetivação desses direitos, como garantia da dignidade humana.

O mínimo existencial é uma temática que está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra insculpido no art. 1º, III da Carta Magna encontrando respaldo também, no art. 170 da mesma norma, onde se constitui como uma das finalidades da ordem econômica.

O mínimo existencial em regra é apontado pela doutrina como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, e desta forma, acaba refletindo na exigibilidade quanto as prestações materiais previstas na norma. Neste sentido, o judiciário tem sido o lócus de exigibilidade deste prestação, ou seja, é por meio do judiciário que a sociedade encontra o caminho para compelir o Estado a efetivar as prestações positivas.

Neste contexto é importante destacar que “a teoria da reserva do possível tem sido interpretada como limitação à efetivação de Direitos Fundamentais Sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do Direito”.

A lógica da reserva do possível é simples de ser entendida, ou seja, como não há dinheiro suficiente para cumprir todas as necessidades existentes, compete aos órgãos políticos decidir quais serão as prioridades contempladas a cada momento histórico e que áreas serão deixadas de lado momentaneamente.

Este trabalho identificou que a temática envolve uma ampla discussão uma vez que a cultura pós-positivista defende que Direito e Política não se confundem, mas devem estar o quanto mais próximo da ética possível, afim de, transformarem-se em instrumento de justiça. No entanto, há de se observar que existe uma linha tênue, nem sempre nítida entre o Direito e a Política.

Assim tomando como base a posição adotada pelo STF concluímos que embora não se deva afastar a sua aplicabilidade, a reserva do possível apenas deverá ser considerada nas situações em que haja prova inequívoca, de natureza objetiva, de que a prestação trará ônus financeiros insuportáveis ao Estado.



## REFERÊNCIAS

AFONSO SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

ALESSI, Dóris de Cássia. **A Família Homoafetiva e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2866, 7 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19055>>. Acesso em: 05/10/15.

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.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2006.p. 136.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 118.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** p. 12. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 06/09/2015.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação.* In: FACHIN, Zulmar (Coord.). Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Método, 2008. p. 229-242.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Jurisdição Constitucional Estadual: Notas para Compreender sua Problemática no Âmbito da Federação Brasileira.** Revista Direito Público nº 3 – Jan-Fev-Mar/2004. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/464/Direito%20Pblico%20n32004\\_Ruy%20Samuel%20Espindola.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/464/Direito%20Pblico%20n32004_Ruy%20Samuel%20Espindola.pdf?sequence=1)> Acesso em 04 dez. 2014.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estud. av.** São Paulo, v. 27, n. 78, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05/10/2015.

COSTA, Jamille Coutinho; OLIVEIRA, Kátia Cristine Costa de. **Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial.** Revista de Direito Brasileira, vol, 1/201, Jul - Dez / 2011.

GARCIA, Beatriz; ROSA, Leonardo; TAVARES, Rafael. **Projeto Mais Médicos para o Brasil: Apresentação do Programa e Evidências Acerca de Seu Sucesso.** 2014. Disponível em: [http://www.fipe.org.br/publicacoes/downloads/bif/2014/3\\_26-36-bea-et al.pdf](http://www.fipe.org.br/publicacoes/downloads/bif/2014/3_26-36-bea-et al.pdf). Acesso em: 28/09/15.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 28/09/2015.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 111. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net> >. Acesso em 14/08/2015.

MARTIN, Retortillo; BAQUER, Lorenzo; OTTOy PARDO, Ignacio de. **Derechosfundamentales y Constitución.** Madrid: Civitas, 1988, p. 125-135.*In*: MELO, Sandro Nahmias. A Garantia do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 43, p. 82-97, abril/jun 2003.

MATSUDA, Juliana TiemeMaruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O Mínimo existencial como limite a aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.** 2015. Disponível em:<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 29/10/15.

MELO, Viviane Carvalho de; LIMA, Fernando Gomes Correia. **O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial e o direito à saúde.** 2011. Disponível em: [http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46) Acesso em: 06/11/15.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 06/11/2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

**REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA SAÚDE.** Informe de situação e tendências: demografia e saúde. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2009.

RICUPERO, Rubens. **O pior dos dois mundos**. *In* A Saúde no Brasil em 2021: Reflexões sobre os desafios da próxima década. Interfarma/SPDM (Org.) 1ª ed. Cultura Acadêmica editora; São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. vol. 1. Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, pp. 294-295.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; **Balestrin**, Thelleen Aparecida. **Ativismo Judicial**. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/39/43>>. Acesso em 04 dez. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEMPORÃO. José Gomes. **A saúde do Brasil em 2021**. *In* A Saúde no Brasil em 2021: Reflexões sobre os desafios da próxima década. Interfarma/SPDM (Org.) 1ª ed. Cultura Acadêmica editora; São Paulo, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial**. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-2.