



A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

THE CLAUSE OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE MINIMUM EXISTENTIAL IN THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT.

Breda Evelyn Fernandes Soares¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar através da Constituição Federal de 1988 a eficácia do direito à saúde, observando o princípio da dignidade da pessoa humana e existência da cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial. Em seguida, será destacado que para tal vida digna aconteça todos o direito fundamental à saúde deve ser satisfeito de forma integral. Contudo, conforme será explanado, por muitas vezes a concretização do mínimo existencial encontra barreira na cláusula da reserva do possível. Destarte, será abordado e fundamentado por que o Estado não pode eximir-se de sua obrigação com esta costumeira alegação.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Mínimo existencial, Reserva do Possível.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze, through the Federal Constitution of 1988, the effectiveness of the right to health, observing the principle of the dignity of the human being and existence of the clause of the reserve of the possible and the existential minimum. It will then be highlighted that for such a dignified life to happen the fundamental right to health must be fully satisfied. However, as will be explained, for many times the realization of the existential minimum finds a barrier in the clause of the reservation of the possible. Hence, it will be approached and justified by the fact that the State can not exonerate itself from its obligation with this customary claim.

Key words: Right to Health, Existential Minimum, Possible Reserve.

¹ Advogada, pós-graduanda pelo Centro Universitário Toledo em Direito Civil e Processual Civil e pós-graduanda pela Cândido Mendes – Instituto Prominas, em Direito Administrativo e Licitações.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou um marco para a democracia e um grande avanço para os denominados direitos sociais. Após anos de coibição e desatenção aos direitos humanos, o Brasil acompanhou a inovação do constitucionalismo social, na busca da igualdade social, ou seja, no tratamento dos iguais na medida de suas desigualdades. Dessa forma, a atual Carta Maior é fruto de árduas lutas e grandes conquistas.

A atual Constituição da República trouxe consigo garantias que devem ser asseguradas à pessoa humana, as quais compreendem a saúde, a educação, e a moradia, ou seja, aquilo que se convencionou denominar de mínimo existencial. Assim, cabe ao Estado, acima de tudo, garantir a subsistência da pessoa humana. Entretanto, como é sabido, a maior parte desses direitos não atinge a população de forma satisfatória; principalmente, no que tange à saúde, corolário do direito à vida, e que se encontra estampado no artigo 6º da Carta Constitucional. Verifica-se, portanto, uma linha nada tênue entre o que é esperado e o que é o outorgado pelo Estado.

Assim, muitas pessoas inconformadas com o que é concedido, socorrem-se no Poder Judiciário, a fim de obter o que lhe foi negado. No entanto, muitas vezes têm encontrado um obstáculo nada fácil de ultrapassar: a alegação de falta de recursos pelo Estado. Esse argumento tem sido chave para responder às eventuais reivindicações, e mesmo em demandas judiciais nos deparamos com a afirmação de que não existem recursos financeiros para atender a todas necessidades dos indivíduos e da sociedade.

Dessa forma, busca-se neste trabalho realizar uma análise sobre a apregoada carência de recursos que impedem a efetivação de direitos garantidos na Constituição, que se contrapõe cristalinamente à observância imperiosa do princípio da dignidade da pessoa humana e das prerrogativas mínimas asseguradas pelo legislador. Para tanto, falar-se-á sobre a teoria da famigerada cláusula da reserva do possível e do tão importante mínimo existencial. O trabalho irá se desenvolver através de pesquisa bibliográfica e documental.

1. O DIREITO À SAÚDE

“A saúde é direito de todos e dever do Estado²”. Tal assertiva nos remete a entender que todas as pessoas que integram a sociedade tem direito positivo à saúde integral. Além disso, é direito dessas pessoas exigir que o Estado preste esse tipo de acolhimento, sem custo algum. Nesse sentido, colhe-se o magistério de Silva (2002, p. 697):

A Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações de serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.

As Constituições anteriores à promulgada no ano de 1988 foram influenciadas pelo modelo francês e tratavam do direito à saúde, porém deslocando sua ênfase para a parte das instituições políticas, ou seja, tratavam de afixar competências legislativas e administrativas. Assim, deixava-se um pouco de lado a parte dogmática do estudo, qual seja: a visualização da Constituição como norteadora de direitos e da forma de obtê-los.

Entretanto, com a promulgação da atual Constituição Federal, o direito à saúde foi norteado e passou a ser tratado como direito sócio fundamental (SILVA, 2002). Além disso, houve uma delimitação tênue entre a Constituição e algumas das principais declarações internacionais de direitos humanos, as quais foram base para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. A primeira delas é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na qual foram estabelecidas várias normas referentes aos direitos sociais, em particular à saúde, a saber:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

² Art. 196, Constituição Federal

Como dito, com a promulgação da Constituição de 1998, o direito à saúde passou a ser disciplinado por vários dispositivos, além disso, fora selecionado uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.³

Destarte, o direito à saúde é universal, líquido e certo⁴. É assegurado pela Magna Carta como corolário ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, vez que denegá-lo, ou não cumpri-lo é o mesmo que permitir a consternação da vida.

Menciona-se que é responsabilidade do Estado dar aos cidadãos completas condições de cura, de reabilitação e do prolongamento da vida quando possível fisiologicamente e psicologicamente, sem adentrar em detalhes administrativos e financeiros como os repetitivos discursos envolvendo o orçamento público e a Lei de responsabilidade fiscal.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana como princípio dos direitos fundamentais é uma máxima que se tem buscado incansavelmente por entre os séculos. Além disso, tal princípio é considerado um axioma filosófico do neoconstitucionalismo e não há facilidade em encontrar consenso nas teorias que envolvem o tema atualmente. O princípio da dignidade humana com o passar do tempo encontrou vários fundamentos possíveis, a saber: o direito natural, a conquista cultural e histórica dos povos e a ordem religiosa.

O princípio da dignidade da pessoa humana está na fundação de todos os direitos constitucionalmente assegurados e, por isso, erradia efeitos sobre todo ordenamento jurídico, não regulamentando somente as relações estatais, mas também as relações privadas que desenvolvem-se no seio da sociedade em si.

Segundo Piovesan (1988), no que diz respeito às relações estatais, extrai-se a proteção do “mínimo existencial”, o qual resguarda, em síntese, a saúde básica, a renda mínima, a educação fundamental, a assistência necessária em qualquer âmbito e, por fim, o acesso à justiça. Já nas relações privadas, inclui-se os denominados direitos de personalidade, que subdividem-se em dois grupos diretos: a integridade física (direito à

³ Vide artigos 6º; 7º, incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV; art. 23, II; art.30, I e VII; art. 196; art.197; art.198; art. 220, § 3º, inciso II; art.227; todos da Constituição Federal.

⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

vida, direito de decidir sobre o próprio corpo em vida e em morte) e, a integridade moral (direito à honra, à privacidade, à imagem e a moral). Cabe ao Estado, antes de tudo, promover a subsistência digna do ser humano. Nesse sentido, Moraes (1998, p.27) afirma que:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

No Brasil, o constituinte de 1988 consagrou entre os princípios fundamentais, a dignidade humana. Confira nesse sentido, o brilhante magistério de Branco, Mendes e Coelho (2009, p.312):

De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. [...] Nessa medida, há que se convir em que "os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa guinada axiológica foi de suma importância ao legislador ordinário na elaboração da legislação superveniente, provocando a releitura do ordenamento à luz desse princípio que assegura a todas as pessoas a digna e simples existência nesse mundo, respeitando a criação, a liberdade e valores quanto às condições de existência digna.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se como centro comum e geral do ordenamento jurídico, além de ser critério informador de sistema de valoração de alcance universal de toda compreensão do sistema jurídico/constitucional.

3. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Segundo Fensterseifer (2008), os direitos fundamentais, desde sua “infância” à “maturidade”, passaram por um longo processo de reconhecimento e afirmação histórica.

Já os direitos sociais, diferentemente do que ocorreu nos direitos liberais, tiveram reconhecido o seu lugar no leque dos direitos fundamentais um pouco mais tarde.

Destarte, os direitos sociais somente adquiriram dimensões jurídicas após a Revolução Industrial no século XIX e apenas foram consagrados constitucionalmente no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1934.

A baixa normatividade e a eficácia duvidosa destes dispositivos, como afirma Cavalcante (2009), foram características comuns às primeiras constituições que positivaram os direitos de segunda dimensão. Ainda hoje tais direitos são os que têm suscitado mais controvérsias no tocante a sua eficácia e efetividade.

Segundo Krell (2000 *apud* SARMENTO, 2008) os direitos sociais são exercidos através do Estado e exigem do Poder Público prestações positivas, por meio de planejamento orçamentário e disponibilidade, bem como vontade política dos gestores. Dessa forma, o Estado após definir deve executar as políticas sociais através de atos administrativos e leis, o que garante o efetivo funcionamento da prestação de serviços públicos, a fim possibilitar aos indivíduos o devido gozo dos direitos constitucionalmente garantidos.

Nessa mesma linha, Silva (2009) nos ensina que os direitos sociais devem ser proporcionados pelo Estado de forma direta ou indireta e de maneira positiva, possibilitando melhores condições de vida para os menos afortunados, a fim de igualar as situações sociais que outrora eram desiguais.

Logo, cabe ao Estado o dever de criar condições materiais que proporcionem o aferimento da igualdade real e maiores possibilidades ao exercício da liberdade.

O tema que ora se discute tem sido alvo de calorosos debates no seio do Poder Judiciário, envolvendo o polêmico conflito entre o alcunhado mínimo existencial de um lado, e a famigerada reserva do possível de outro.

3.1 o mínimo existencial

De início, cumpre salientar que o denominado mínimo existencial não está previsto explicitamente na Carta Maior. Contudo, vários dispositivos constitucionais corroboram a ideologia por ele apresentado, por exemplo, pode-se citar o Título II – Garantias e Direitos Fundamentais, da Constituição Federal, onde estão listados direitos de maior importância,

sem os quais seria impossível que os indivíduos vivessem de forma digna. Nesse sentido, dispõe Torres (1997, p.70):

[...] a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição.

Aliás, Nos dizeres de Nascimento (2013), o mínimo existencial pode ser conceituado:

[...] como a base e o alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental e essencial, vinculado à Constituição Federal, e não necessita de Lei para sua obtenção, tendo em vista que é inerente a todo ser humano.

Vale dizer que para muitos o direito ao mínimo existencial está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, vez que conforme preleciona Scarlet (1998, p.93) o mínimo existencial é direito fundamental e que diz respeito não a só “um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (garantia de vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável”. E enfatiza destacando “a base do mínimo existencial como sendo a “dignidade”, não o reduzindo ao “mínimo vital”.

Com efeito, no que diz respeito aos direitos sociais, estes estão previstos na Carta Magna e são definidos por Silva (2002) como sendo de segunda geração e por isso possuem caráter programático, ou seja, o Estado tem como dever desenvolver programas para que estes direitos alcancem todos os indivíduos.

São considerados direitos sociais: o trabalho, o salário mínimo, o lazer, as férias e as despesas importantes, quais sejam, água e luz, educação e saúde. Entretanto, Silva (2002, p.150) adverte que apesar de serem direitos sociais, à saúde e à educação não tem caráter programático. Confira a seguir:

Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art 196), nem o direito à educação (art 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.

Pode-se entender que o mínimo existencial compreende uma série de prestações materiais positivas ou negativas indispensáveis para que todos os indivíduos tenham uma existência digna. E, por isso é considerado por grande parte da doutrina pátria o núcleo do princípio da dignidade humana.

No momento em que o Estado depara-se com algum direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, ele observa as limitações orçamentárias a que está restrito, ou seja, o Estado objetiva realizar somente o que está dentro de suas possibilidades econômicas.

Aliás com o crescimento dos direitos fundamentais os recursos orçamentários do Estado passaram a não ser suficientes para supri-los. É dentro deste contexto que é concebida a reserva do possível, fenômeno que será abordado a seguir.

3.2 a cláusula da reserva do possível

Segundo vários doutrinadores e entre eles Torres (2009, p. 173) a expressão “reserva do possível” foi utilizada pela primeira vez no julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, na demanda denominada *numerus clausus*, no ano de 1972. Tal lide tratou da pretensão resistida que alguns estudantes encontraram por parte de duas faculdades públicas de medicina (Hamburgo e Baviera), no que dizia respeito aos limitados números de vagas de acesso a tais universidades. Este julgamento analisou a constitucionalidade das normas de direito estadual que regulamentavam a admissão às universidades acima descritas.

Segundo Schwabe (663, apud FALSARELLA, 2010), naquela situação “foi empregada a expressão reserva do possível para se sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável”.

Ainda, segundo Sarlet (2003, p.265), a Corte Alemã entendeu que:

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

Observa-se que, o princípio da reserva do possível originalmente se relaciona a razoabilidade da pretensão proposta e não à existência de recursos financeiros suficientes a

efetivação plena dos direitos sociais. Vale ressaltar que para Torres (2009, p.104) “cabe à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão”.

Após a introdução desse princípio na Alemanha, vários outros países aderiram a tal concepção, inclusive o Brasil.

Contudo, em nosso País tal princípio tem sido erroneamente interpretado pela doutrina, pois vários escritores o relacionam somente com a existência de recursos financeiros ou materiais, sem atentar-se a razoabilidade do pedido realizado pelo querelante.

Destarte, adotou-se distorcidamente na realidade pátria a teoria da reserva do possível, tornando-a a teoria do financeiramente possível. Nesse sentido, segue transcrito no essencial o defendido no magistério de Sarlet (2003, p.286):

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Nada obstante, Barcellos (2002) assevera ser impossível à existência da denominada reserva do possível fática, vez que os recursos existentes nos cofres do Estado são percebidos através das coletas de impostos e tributos de toda a população. Por isso, não há que se falar em escassez de recursos, pois o Estado sempre pode auferir novas rendas através da coleta de novos impostos dos contribuintes. Senão, vejamos:

É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática (BARCELLOS, 2002, p. 278).

Ainda, sobre o tema pairam discussões acerca da possibilidade ou não da utilização do princípio da reserva do possível no Brasil, haja vista ter sido ele concebido na

Alemanha, país com realidade social diferente da nossa. A doutrina divide opiniões, sendo certo que alguns pensadores são a favor da utilização do princípio tal como idealizado, enquanto outros defendem a utilização com algumas ressalvas, bem como outros defendem a impossibilidade da utilização.

Fato é que a cláusula da reserva do possível no Brasil tornou-se um real pretexto utilizado pelo Estado como meio de furtar-se as próprias delegações que a Magna Carta lhe conferiu, ou seja, tal cláusula tem sido utilizada para o Estado deixar de prover as necessidades mais básicas da sociedade, representadas pelo direitos sociais descritos na Constituição Federal.

Nesse monta Canotilho (2004, p.481) assevera:

[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Ainda, no mesmo sentido é o entendimento de Silva (2009, p.205):

[..] tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua, vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.

Apesar da doutrina majoritária defender que a tese da reserva do possível está relacionada de forma muito tênue com as relações orçamentárias, os tribunais tem afastado a teoria do financeiramente possível, pois o argumento de insuficiência de recursos não pode e não deve eximir o Estado de suas obrigações no âmbito dos direitos sociais.

Nesse sentido segue transcrito um trecho da decisão de nº 874.630/RS, proferida no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Relator Humberto Martins, da Segunda Turma, no dia 21.09.06, defendendo inclusive a possibilidade de bloqueio de recursos públicos frente ao descumprimento de ordem judicial que concedeu ao paciente os medicamentos por ele pleiteados, tal fato *per si*, demonstra a necessidade da defesa dos direitos sociais, inclusive a saúde.

- [...] 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC).
2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.
3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.
4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. [...]

Ávila (2013), ressaltou que a cláusula da reserva do possível, deve ser adotada tal como concebida na decisão alemã *Numeros Clausus* e compreendida sob os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação a pretensão deduzida, ou seja, conforme dispões Alexy (2011, p. 69) “a reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”.

Destaca-se ser esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que tem se posicionado pelo afastamento da cláusula da reserva do financeiramente possível. Confira a seguir um pequeno trecho do julgamento do Recurso Extraordinário com agravo nº 639337, realizado pelo Ministro Celso de Mello, no dia 23 de agosto de 2011.

[...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento

positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Assim deve ser entendida a reserva do possível.

CONCLUSÃO

Depreende-se do presente trabalho, através da Constituição Federal de 1988, a eficácia dos direitos econômicos, culturais e sociais, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a existência da cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial.

Ao contrário dos direitos fundamentais, previstos no artigo 5º, §1º, os quais não apresentam grandes problemas quanto à imediata aplicabilidade, os direitos sociais de segunda geração têm gerado controvérsia, no que diz respeito à sua condição de direito subjetivos, bem como em relação a sua eficácia. Ressalta-se que todas as disposições da Maior Carta são dotadas de normatividade, entretanto, o grau de eficácia modifica de acordo com a determinação de positividade utilizada pelo constituinte.

Conforme exhaustivamente explicitado, os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata, observando o princípio da dignidade da pessoa humana e os ditames do Estado Democrático de Direito. Os direitos de segunda geração, por sua vez e via de regra, foram positivados como normas programáticas, ou seja, requerem a implementação de programas por parte do Estado, que deve sempre estar atento ao mínimo existencial.

Verifica-se, assim, que todas as normas indicativas de direitos fundamentais são contempladas com eficácia mínima e cabe ao Poder Público, através da implementação das políticas públicas, extrair a maior eficácia possível.

Dessa forma, o Estado deverá realizar as denominadas políticas públicas através da escolha de prioridades e disponibilização de serviços essenciais aos indivíduos. Com efeito, o mínimo existencial é considerado regra jurídica e imperativa, porquanto comporta direitos definitivos e imponderáveis, situados na seara dos direitos fundamentais. Assim, cabe ao Estado o máximo cumprimento de seu núcleo, vez que não se mostra possível a tal ente esquivar-se de suas obrigações constitucionais. É por isso que, tal tema é alvo de calorosos debates no mundo jurídico.

Eleger prioridades dentro do núcleo do mínimo existencial significa escolher dentre o rol dos direitos fundamentais, aqueles considerados mais importantes. Atualmente e através de uma interpretação sistemática da Carta Magna, percebe-se que o legislador originário elegeu três direitos fundamentais como sendo prioritários, a saber: saúde, educação e habitação. Sendo certo, que tais direitos garantem não só a existência humana, mas sim uma existência humana digna, em consonância com a dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado.

Verifica-se que tais direitos são de suma importância, vez que o constituinte possibilitou a intervenção federal, da União nos Estados e dos Estados nos Municípios nos casos em que não houver o repasse de verbas mínimas, dos recursos destinados à saúde e a educação, tudo isso conforme artigo 34, VI, e artigo 35, III, ambos da Constituição Federal.

Nesse contexto vale destacar que o direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, não deve ser somente considerado como direito social, mas sim como desdobramento lógico do direito à vida que, por sua vez, tem uma linha muito tênue com o princípio da dignidade humana, que assegura não somente o direito à vida, mas também uma vida digna.

Vale dizer, que para tal vida digna acontecer todos os direitos fundamentais devem ser satisfeitos e concretizados de forma integral e em conjunto. Ademais, tais direitos devem ser tutelados inicialmente de forma coletiva. Contudo, em alguns casos há necessidade de que sejam satisfeitos de forma individual, o que acaba por gerar transtornos e, é nesses casos em que o poder público acaba por tentar aplicar a cláusula da reserva do possível.

Ocorre que, essa cláusula da reserva do possível tem sido compreendida de maneira equivocada no ordenamento pátrio, vez que muitos a têm vinculado com a disponibilidade de recursos orçamentários necessários para satisfação de alguns direitos. Entretanto, deve-se observar que o princípio da reserva do possível originalmente se relaciona com a razoabilidade da pretensão proposta e, não à existência de recursos financeiros suficientes para a efetivação plena dos direitos sociais.

Assim, como já explicitado, não pode o Estado eximir-se de suas obrigações constitucionais alegando a cláusula da reserva do possível.

Considero que negar a devida efetividade aos direitos sociais significa retirar de cada indivíduo e de toda coletividade o direito à autonomia, à cidadania, à soberania e à autodeterminação, vez que não é possível que esses direitos se desenvolvam sem que primeiramente o indivíduo goze de, por exemplo, boa saúde.

Por derradeiro, o entendimento jurisprudencial de nossos tribunais pátrios, a partir de uma trajetória traçada a partir da desconsideração da aplicação e efetivação dos direitos sociais, tende a buscar uma posição de racionalidade e equilíbrio através da observância direta do mínimo existencial e a aplicação adequada da cláusula da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ÀVILA, Kellen Cristina de Andrade. *Teoria da Reserva do Possível*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 06 jan 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BRASIL. *Recurso Extraordinário com agravo nº 639337*, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. DF. Julgado em 23 jun. 2011. Disponível em: 29 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. *Recurso Especial nº 874.630/RS*, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 21 set. 06. Disponibilizado em 02 Out. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. *Dignidade Humana E Reserva Do Possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação da Escola Superior da Magistratura, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente a obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, em conformidade com os normativos do MEC e regulamentações da Universidade Vale do Acaraú – UVA, Fortaleza, CE, 2009.

FALSARELLA, Christiane. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Dissertação (Mestrado em Educação), Universidade Católica de São Paulo PUC, São Paulo, SP. 2010. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdfassim. Acesso em 06 jan. 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas*. Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 1ª ed., São Paulo, 1998 – (Coleção temas jurídicos: 3).

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Suelen Pereira Coutinho. *Mínimo Existencial x Reserva do Possível*. 2013. Disponível em <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>>. Acessado em 06 jan 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, p. 102. In CANOTILHO, J. J. Gomes CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (organizadores). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª.ed, Malheiros, São Paulo: 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – ONU, 1948.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.