



O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL COMO FATORES INCIDENTES NA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RESERVE OF THE POSSIBLE AS FACTORS INCIDENT ON THE APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Thiago Lucas de Sousa Brilhante¹

RESUMO: O trabalho aborda os limites à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais para fins de efetivação e aplicabilidade dos direitos fundamentais. Nas últimas décadas, tem surgido a tese da reserva do possível como fator incidente sobre os direitos fundamentais que em um primeiro momento possuem aplicabilidade imediata segundo mandamento constitucional, em contraposição a essa tese surge o mínimo existencial sendo o grau de eficácia mínima de garantia dos direitos fundamentais. Conclui-se demonstrando que o Judiciário não é a melhor via para efetivação de direitos sociais que estão atrelados a políticas públicas e conhecimentos técnicos e que há a exegese da adoção de certos meios para dar mais eficácia e alcance aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Mínimo existencial; Reserva do possível; Limitabilidade dos direitos; Políticas públicas; Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: The paper addresses the limits to jurisdictional intervention in public social policies for the purpose of effectiveness and enforcing fundamental rights. In the last decades has arisen the thesis of the reserve of the possible as an incident factor on the fundamental rights that is a first moment have immediate applicability according to

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário Unitoledo.

constitutional commandment in opposition to this thesis arises the existential minimum being the minimum degree of effectiveness of the fundamental rights. It concludes by demonstrating that the Judiciary is not the best route for the realization of social rights that are linked to public policies and technical knowledge and the exegesis of the adoption of certain means to give more effectiveness and scope to fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights; Existential minimum; Reservation of the possible; Limitability of rights; Public policy; Principle of proportionality.

INTRODUÇÃO

A conquista pelos direitos fundamentais deriva de um processo histórico lento de constantes lutas pela garantia e efetivação de tais direitos. Peregrinou-se um longo caminho, diversas dimensões de direitos fundamentais foram demandadas pela sociedade, de acordo com suas maiores necessidades viventes, a fim de que tais direitos fossem positivados e assegurados como garantia institucional e direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado e possíveis abuso de poder. Em um Estado Democrático de Direito os indivíduos possuem um trunfo que é a democracia como forma de participação social dialógica, de modo a buscar-se constituir soluções justas e que visem à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. O direito se encontra a serviço do indivíduo em um Estado democrático de direito que busca atender suas necessidades primais e resguardar as garantias e os direitos fundamentais já assegurados, de modo que, a evolução do princípio da democracia econômica e social se incompatibiliza com a supressão de direitos. Nesse mesmo contexto é concebido o princípio da vedação ao retrocesso, chamado pela doutrina francesa de *effet cliquet*, tal princípio evoca a ideia de que uma vez concretizado um direito ele não pode ser suprimido ou diminuído sem que haja um contrabalanceamento. O mínimo existencial adviria da razão de ser considerado o grau de eficácia mínima dos direitos sociais, vinculados à dignidade da pessoa humana. O Estado deve velar pela garantia e efetivação integral dos direitos fundamentais, tendo em vista que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e que os direitos fundamentais são inalienáveis. Todavia, há situações em que o operador

do direito se depara com casos difíceis (*hard cases*) em que se evidencia a relatividade ou limitabilidade dos direitos fundamentais em certas situações. Nem mesmo o direito à vida é absoluto pelo ordenamento brasileiro, o que nos cabe é indagar se o estado pode se eximir ou relaxar certas prestações impostas a ele escusando-se sobre pretexto de haver uma certa limitabilidade para concretização de tal direito, mais especificamente, que para tal efetivação desses direitos fundamentais seria necessário condições político-econômicas do Estado, a reserva do possível ou também denominada de cláusula do possível surge desta concepção que parte da exegese de que todos os direitos possuem um custo e que portanto as prestações materiais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, ou seja, dependeriam do orçamento público. Muitos doutrinadores brasileiros criticam essa associação da reserva do possível com a limitação orçamentária e de que, portanto, o direito estaria condicionado ao mesmo. Será que todos os recursos reservados pelo Estado para determinada área precisam se esgotar? Ou é necessário que se chegue a uma situação insustentável em que a inviabilidade para concretização integral do direito assegurado é total? De tal modo não é desejável que a realização integral de um direito assegurado inviabilize o exercício do próprio direito, nessa situação o legislativo ou o judiciário ao invés de buscar a pacificação do corpo social e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos estaria em contramão com tais ideais, pois por sua atuação inviabilizaria que tais condições fossem realmente geradas em algum momento. Vale transcrever a seguinte afirmação:

(...) todavia, antes de reconhecer singelamente a falta de escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. (...) Será possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do Governo? (FREIRE JR, 2005, p. 73).

Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder e demais influências políticas.

Percebe-se que toda questão relativa ao mínimo existencial está intrinsecamente ligada a políticas públicas do Estado e da administração pública que são realizadas, a maneira como são, como impactam na vida, no convívio social. E qual o papel do judiciário em todo esse contexto?

O judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública (...). Deste modo, frequentemente a reserva do possível pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. (GRINOVER; WATANABE, p. 138).

1.1. Apontamentos sobre as origens da reserva do possível e a relação com a doutrina brasileira

A tese da reserva do possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão a qual foi invocada primariamente em 1972, na decisão denominada *numerus clausus*, que tratava sobre o direito a vagas em universidades públicas. A ação foi impetrada por estudantes que pleiteavam o direito de ingresso na Universidade Pública, no curso de medicina escusando-se na Lei Fundamental Alemã em seu artigo 12, I, onde estabelece que, “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.” Sendo assim, adotando uma interpretação sistemática, tal direito estaria sendo violado uma vez que sendo limitado o acesso dos alunos ao ensino universitário, estaria colidindo com a liberdade para escolha da profissão e da formação profissional, direito fundamental consagrado. Na ocasião “aquela Corte entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas que resultam diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo possa racionalmente exigí-los da sociedade” (PERLINGIEIRO, 2013, p. 169).

No julgado em questão o tribunal constitucional alemão estabeleceu a exegese de que o legislador, no exercício de suas atribuições deve observar não somente os interesses individuais, mas também os outros interesses da comunidade. E, de acordo com a própria constituição, seria imprescindível preservar o equilíbrio econômico global, não se deveria instituir despesas e onerar exageradamente a sociedade, uma pretensão subjetiva e ilimitada às custas da comunidade é incompatível com os princípios do Estado Social. Diversas outras decisões acerca da reserva do possível emanaram do Tribunal Federal Alemão utilizando-se como baliza central o argumento de que se decorrente do cumprimento integral de direitos prestacionais por parte do Estado, resultar a inviabilidade do exercício do mesmo direito, haveria então uma inadequação entre a

prestação devida constitucionalmente e o dever de manter o equilíbrio social, político e econômico da comunidade sendo assim, poderia haver margem para limitação do direito prestacional demandado seria, portanto, a linha do tolerável. Tal limitação se daria somente aos aspectos tangíveis dos direitos fundamentais que podem ser modificados ou relativizados, mas não incidiria sobre o mínimo existencial que é o grau de eficácia mínimo dos direitos fundamentais. Não é demasiado notar certa concepção utilitarista nas decisões a despeito da reserva do possível proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão e que, portanto, o legislador, ao atuar no exercício de suas funções, deveria primar também pelo interesse do bem comum. O questionamento que se pode fazer a respeito é se o judiciário também deve obedecer tais “limites” prezar pelo comum frente a um direito individual pleiteado em busca de sua jurisdição e pacificação. Muitos consideram o magistrado como “senhor do seu próprio caso” e que para tanto sua decisão deve ser de tal modo a buscar a máxima satisfação e efetivação da pretensão pleiteada. Tomando tal ponto de vista, o juiz não poderia considerar a situação econômica ou social como parâmetros limitadores para aplicação de direitos sociais em sua integralidade e que, portanto, cabe ao poder público de alguma forma dar cabo a tais prestações.

1.2. Direitos fundamentais como valores supraconstitucionais vinculados ao princípio da dignidade da pessoa

Os direitos fundamentais irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana e podem ser divididos em quatro categorias: os direitos individuais que surgem como reação do indivíduo frente ao Estado cuja demanda é a liberdade de agir e o absentismo estatal, os direitos políticos, grande conquista do decorrer de todo processo histórico, mas que teve seu ápice no século XX na evolução das democracias e na constituição de Estados de direito que tiveram como grandes conquistas a participação de negros, mulheres, analfabetos, hipossuficientes, entre outros, no processo eleitoral e nas decisões políticas mais importantes da sociedade, têm-se também os direitos difusos e coletivos sendo aqueles que são titularizados por um número indeterminado de pessoas, por exemplo, direito ambiental, direito do consumidor, entre outros, e por fim os direitos sociais que surgem como uma demanda da sociedade de caráter econômico vinculados aos direitos trabalhistas (p.e salário mínimo) e que posteriormente vão ganhando outros

contornos como a exegese do estado resguardar o direito a educação, saúde, previdência social, entre outros, todos direitos que exigem uma prestação positiva por parte do estado para que sejam cumpridos e efetivados.

A tendência moderna é o reconhecimento de duas funções dos direitos fundamentais, os Direitos de defesa que impõem abstenções ao Estado e os Direitos de prestação que exigem uma atuação positiva do Estado para atenuar as desigualdades sociais.

1.3. Direitos fundamentais e sua limitabilidade

Quando se fala em direitos fundamentais é de se considerar que não há nenhum direito absoluto, nem mesmo o direito à vida, e que portanto podem possuir sobre certas circunstâncias um grau de relatividade ou limitabilidade, de modo que cabe ao operador do direito indagar quais são esses limites e até que ponto os direitos fundamentais podem ser relativizados. A doutrina aponta para alguns aspectos que podem limitar a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles ressalta-se: a concepção de mínimo existencial, que seria o grau de eficácia mínimo de um direito fundamental, nem mesmo a reserva do possível se poderia suprimi-lo; a teoria da proporcionalidade proposta por Robert Alexy, não cabendo muito discorrer sobre esta neste estudo, mas que se divide em três sub-regras subsidiárias entre si, ou seja, se determinada matéria resultante da colisão entre direitos fundamentais tutelados não passarem pelo crivo de todas as sub-regras, o fim proposto provavelmente não se prestara ao objeto desenvolvido. Tais sub-regras são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Utilizando-se das palavras de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 14) “Adequado, então não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Necessidade é a segunda sub-regra, que se traduz na indagação sobre a existência de medida igualmente eficaz, mas que restrinja em menor escala os direitos fundamentais dos cidadãos. E por fim a terceira sub-regra proporcionalidade em sentido estrito que ainda segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 19) “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. E por fim o último aspecto que cabe ressaltar acerca de como os direitos

fundamentais podem ser limitados é a teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), trazida do Direito alemão pelos doutrinadores constitucionalistas Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2008), a teoria dos limites dos limites parte da premissa que os direitos fundamentais são relativos sobre determinadas circunstâncias e que para tanto restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, aos limites dos limites sob pena de suprimir tais direitos fundamentais ou seu completo esvaziamento sob pretexto de limitá-lo. Tendo assim que a limitação não poderia apontar contra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas o que seria o núcleo essencial, como torná-lo mais objetivo? Há duas teorias a respeito segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet: (2008, p. 349).

1) Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um limite do limite para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

2) Os sectários da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Muitas críticas podem ser tecidas para ambas as teorias, como as de que realmente não solucionam o problema acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas sim dão continuidade, há uma indefinição ainda sobre o tema. Tendo em vista, que uma norma deve ter caráter abstrato para que sua conduta alcance os fins pretendidos, não obstante, esse grau de abstração também pode ser um problema em determinadas situações, pois se a norma não possui um núcleo material tangível fica dificultado o conhecimento de qual a proporção exata que se pode omitir frente há um direito fundamental tutelado. O fato não apresenta uma solução clarividente e, portanto, a doutrina e o poder público devem se utilizar de certas balizas para pautar suas ações como o princípio da proporcionalidade sendo vetor a indicar se determinada restrição é a melhor

solução para o conflito, a concepção do mínimo existencial como grau de eficácia mínimo dos direitos fundamentais que devem ser assegurados e a teoria dos limites dos limites em contraposição o administrador deve considerar a reserva do possível como fato de incidência decorrente de alguma impossibilidade que torna ineficaz a prestação integral de um direito fundamental.

Ingo Sarlet (2009, p. 287) transluz a existência de três dimensões na reserva do possível: Disponibilidade fática, disponibilidade jurídica e proporcionalidade, a primeira estaria ligada a existência efetiva de recursos para a concretização dos direitos fundamentais, sendo analisada não sobre uma perspectiva de uma demanda individual e sim, sob o aspecto da universalização da prestação exigida. A segunda dimensão diz respeito à elaboração de políticas públicas pelos órgãos competentes, que determinam quais as prioridades para os gastos públicos, vê-se que a luz de determinadas situações o poder público pode ser responsabilizado pelas políticas públicas que implementam e o cumprimento das mesmas. A terceira e última dimensão aponta para análise da razoabilidade da prestação pleiteada tendo em vista as reservas orçamentárias do poder público. No Brasil tem-se a maior parte dos argumentos acerca da reserva do possível concentrado em sua disponibilidade fática com forte vinculação a existência de recursos materiais para a concretização dos direitos fundamentais.

O STF tratou do mínimo existencial em alguns casos como o HC nº 82.959, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, oportunidade em que o STF adotou entendimento no sentido de que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial.

2. PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

E qual o papel do judiciário no que tange a efetivação dos direitos fundamentais? Será que se deve analisar a situação a partir de uma perspectiva estritamente particular ou é possível que o fator coletivo na relação casuística como razão a ser considerada e fato incidente na responsabilidade e efetivação dos direitos fundamentais. Percebe-se na Constituição um viés protetivo aos direitos fundamentais prevendo expressamente no artigo. 60 § 4º os direitos e garantias individuais como um dos integrantes de um núcleo

intangível, não sendo possível ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a suprimi-los.

Cabe ressaltar que entende-se que quando a constituição adotou direitos e garantias individuais como preceito queria significar não só essa espécie de direito fundamental e sim todos os direitos fundamentais, utilizou-se a espécie pelo gênero, e que portanto os direitos fundamentais sociais se integram a tal elenco, pois são elementos constitucionais essenciais e compõe a identidade de nosso Estado Social e Democrático de Direito.

Cabe considerar que um juiz diante da presente situação como operador do direito e como ator na busca primal pela justiça deve levar em consideração que se uma demanda levada ao judiciário em busca de uma solução afetar de alguma maneira a coletividade de modo a restringir de certa forma seus direitos, tal fato deve ser relevado para que haja uma possível limitação de determinado direito. Direitos demandam responsabilidades tanto do legislador, que deve elaborar normas razoáveis que possuam ou busquem certa congruência entre a realidade social e a norma posta de mesma maneira, se o judiciário adotar apenas e tão apenas uma visão que busca a tutela sob qualquer hipótese do direito individual, pode ser que ocorra uma maior injustiça e que outras pessoas tenham seus direitos assegurados constitucionalmente restringidos ou negligenciados, Lenza obtempera:

O legislador, ao regulamentar os direitos, deve respeitar o seu núcleo essencial, dando as condições para a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. E o judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. (LENZA, 2017, p. 1271)

Os autores Stephen Holmes e Cass Sunstein professores universitários norte-americanos tratam da questão do custo dos direitos e como dependem para sua efetivação do orçamento público em sua obra: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, invocam indiretamente a reserva do possível, do ponto de vista estruturalmente orçamentário e a responsabilidade que os direitos demandam, direitos não podem ser protegidos ou cumpridos sem dinheiro público. Tanto o direito à seguridade social quanto o direito à propriedade possuem custos ao tesouro. O direito à liberdade de contrato possui custo ao Erário, que não é menor que o direito à saúde. O direito à liberdade de expressão não custa menos que o direito à moradia, todos os direitos necessitam do

Tesouro. Um regime político baseado legalmente em direitos poderia se dissolver numa destruição mútua sem uma estrutura bem organizada e cuidadosamente protegida contra o mau uso dos direitos fundamentais. É claro que os autores analisaram a situação de uma perspectiva norte-americana, mas podemos tomar como lição que há obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais como, por exemplo, a destinação de recursos públicos que impacta diretamente na qualidade de vida da sociedade.

O poder público tem responsabilidade na destinação de recursos e, portanto, deve ser responsabilizada eventualmente pela mesma, uma má gestão dos recursos implica em um nexo de causalidade em que direitos fundamentais terão menor eficácia e aplicabilidade socialmente. É claro que não se deve ater somente a tese da reserva do possível que, no Brasil, diferentemente de sua significação dada pelo tribunal constitucional federal alemão, tomou um caráter econômico que vincula às prestações do Estado a existência de recursos orçamentários. Há, no Brasil, uma excessiva mobilização pela utilização da reserva do possível. O judiciário tendo em vista este fato não deve desconsiderá-lo, pelo contrário ele possui relevância e está atrelado ao equilíbrio econômico e social, todavia, deve adotar uma postura responsável e justa que vise garantir a eficácia dos direitos pelo menos no que tange ao mínimo existencial que não pode ser suprimido, este tema tem se aprofundado nos últimos anos na problemática da judicialização da saúde em que o judiciário tem atuado prestacionalmente e constantemente na busca pela garantia e efetivação dos direitos demandados, o que se deve questionar é como tais decisões impactam a sociedade e se o judiciário é o melhor caminho para tratar da questão.

2.1 Judicialização da saúde

Nos últimos 10 anos a judicialização na área da saúde tornou-se um fenômeno crescente, seja por falhas de execução das políticas públicas, seja por ter sido considerada uma solução para pessoas que precisam de medicamentos que não estão dentro da política pública de saúde. Um relatório encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Poder Judiciário, aponta crescimento de aproximadamente 130% nas demandas de primeira instância entre 2008 e 2017, não adentraremos profundamente nesse fenômeno

crecente nos últimos anos e seus impactos negativos, mas há de se ressaltar que quando demandas umbilicalmente ligadas a políticas públicas na área da saúde são levadas a tutela do judiciário, fica em suas mãos o poder jurisdicional e nem sempre tais decisões são proporcionais ou cabíveis, pois o juiz deve ter em mente que o orçamento é unitário e devido sua função não possui essa visão ampla dos recursos e onde são destinados cabendo tal função ao legislativo e executivo. Portanto, quando um juiz exige que sejam aplicados recursos de outras áreas na área da saúde pode ser que não esteja considerando o aspecto orçamentário, a relação com o coletivo e os impactos de tal decisão podendo prejudicar outros direitos e interesses da população.

O judiciário precisa ter a consciência que toda escolha alocativa de recursos que visam garantir direitos é desalocativa, ou seja, se recursos que inicialmente não seriam concentrados totalmente em determinada área, passam a ser, como consequência lógica haverá outras áreas que terão sua capacidade de investimento reduzida. Não necessariamente isso é prejudicial, mas cabe indagar se o judiciário em se tratando de direitos sociais que estão vinculados às políticas públicas do Estado tem a melhor capacidade institucional para tomar tais decisões que são fundadas em conhecimentos técnicos e que em geral juízes e operadores do direito não possuem.

Novamente adentrando na reserva do possível, deve ser considerada, todavia diante de uma demanda em que não seja possível a restrição deste direito sob pena de esvaziá-lo o judiciário deve se ater ao mínimo existencial, em mesmo sentido vem decidindo o STF alegando que a reserva do possível pode ser utilizada para limitar o cumprimento dos direitos sociais, exceto no que tange ao mínimo existencial desses direitos. O STF também tem decisões que condenam o Estado a garantir acesso e atendimento em creches, sob pena de caracterização de inaceitável omissão inconstitucional, a cláusula da reserva do possível não tem sido aceita para justificar a omissão dolosa do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

O STF possui entendimento já sedimentado no sentido de que há reponsabilidade solidária entre União, Estados e Municípios quanto ao fornecimento de medicamentos podendo estes serem requeridos a qualquer um deles. Portanto o Judiciário deve considerar o impacto na coletividade de suas decisões, uma decisão proferida em que condene um pequeno município a arcar com o custo de um tratamento ou medicamento no valor que ultrapassa milhões poderia representar um grande impacto para o equilíbrio

econômico e social do município e que, portanto tal decisão não seria arrazoada. O STJ no REsp 1657156, relatado pelo ministro Benedito Gonçalves em 2018 fixou entendimento que buscou dar um maior controle a crescente judicialização da saúde, entendendo que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presente cumulativamente alguns requisitos: Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

CONCLUSÃO

Como dizia Ronald Dworkin (2000, p. 153) os direitos fundamentais são trunfos do indivíduo frente ao Estado e eventuais abusos de poder, tais direitos foram conquistados gradativamente através de um longo processo histórico, adquirindo status de fundamentais e se encontram positivados na constituição explicitamente ou não, direitos fundamentais são oponíveis a maioria, ou seja, quer dizer que se encontra intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade humana, todos os indivíduos são dignos perante o ordenamento e como ser humano possui valor em si mesmo e em função de sua autonomia enquanto ser racional deve ter seus direitos positivados e assegurados.

O mínimo existencial certamente é um conjunto de garantias constitucionais que devem ser asseguradas em seu teor mínimo para que possam constituir uma vida digna ao ser humano, garantindo que todos tenham independente de quaisquer concepções sociais as mesmas condições de se manterem vivos e não somente isto, mas que tenham uma vida digna. Garantir que a população não padeça à fome é o primeiro degrau na garantia do mínimo existencial, mas não é nem de longe o suficiente, outras características se fazem necessárias para a qualidade de vida como: saúde, educação, segurança, transporte, trabalho, entre outros direitos. Pode-se colocar o mínimo existencial como o conjunto de condições materiais para uma vida digna que devem ser asseguradas pelo Estado, cabendo à doutrina debater acerca de sua extensão.

Existem alguns meios que utilizados corretamente podem dar mais eficácia a aplicação dos direitos fundamentais, ampliar sua extensão sem prejuízo de direito alheio, começando pelas políticas públicas do Estado e sua destinação de recursos ambos os fatores que influenciam no modo de vida e condições da população e que consequentemente gestores públicos conscientes que ajam com transparência, priorizem atender as necessidades das minorias que mais necessitam do apoio do Estado e façam uma boa destinação dos recursos obtidos dos contribuintes terá ajudado enormemente na tarefa da redução da desigualdade social. Outra forma para dar mais eficácia à aplicação dos direitos é o princípio da proporcionalidade proposto por Robert Alexy, sendo importante ressaltar que uma decisão justa não desconsidera a possível alegação sobre a reserva do possível, mas sim preza pela garantia do mínimo existencial evitando o esvaziamento do referido direito. Portanto além de uma atuação diligente e responsável do poder público que deve através do legislativo elaborar normas razoáveis que são possíveis de concretizar pelo menos ao que tange o mínimo existencial, deve também todos os entes do aparato estatal atuar em prol da concretização do direito demandado, mas vislumbrando o coletivo como fator de relevante importância para o alcance e eficácia de tal direito. Todas as decisões que restrinjam ou limitem de certa forma direitos fundamentais devem considerar o mínimo existencial e que no que concerne a este respeito à reserva do possível não pode ser usado como escusa para suprimir tais direitos ou restringi-los além de seu grau de eficácia mínimo.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): p. 23-50.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 32/70 e 25/71. j. 18.07.1972. BVerfGE 33, 303. NJW 1972, 1561.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 20/84. j. 29.05.1990. BVerfGE 82, 60. NJW 1990, 2869.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Bruno Medeiros. Teoria do Limite dos Limites (Schranken-Schranken) na jurisprudência do STF. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 dez. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51418&seo=1>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CRUZ, Fernanda. Judicialização na saúde cresce 130% no país, mostra estudo. 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/judicializacao-na-saude-cresce-130-no-pais-mostra-estudo>>. Acesso em: 11 de Junho de 2019.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 1. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000

FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: “O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38623>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FREIRE JR., Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Ed. RT, 2005. P. 73.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: 4º ed. Saraiva 2008.

PERLINGEIRO, Ricardo, É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 2, p. 163-185, 2013. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2343965>>

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.