



Noviembre 2017 - ISSN: 1988-7833

A IMPROPRIEDADE DE INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA DESVIRTUAR O DEVER DO ESTADO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Cristiano Eliasⁱ

Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM
ctse@fdsu.edu.br

Lisiane Cristina Duranteⁱⁱ

Procuradoria-Geral do Município de Guaxupé – MG
lisianedurante@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Cristiano Elias y Lisiane Cristina Durante (2017): “A impropriedade de invocação da cláusula da reserva do possível para desvirtuar o dever do estado de efetivação dos direitos fundamentais sociais”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (octubre-diciembre 2017). En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccscs/2017/04/impropriedade-invocacao.html>

RESUMO

Este trabalho tem como objeto estudar o efetivo dever constitucional de realização dos direitos fundamentais em um país como o Brasil que sofrera recente processo de democratização. Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 surge como resposta a um cenário político ditatorial marcado por demasiadas repressões à liberdade e garantias individuais e tornou-se um instrumento para a transformação da sociedade. Contudo, essa mesma Constituição escancarou as insuficiências do Estado para a realização do mínimo existencial deixando explícita a gigantesca distância existente entre os direitos positivados e o que de fato é realizável. Nesta perspectiva, uma das justificativas invocadas pelo Estado para se furtar das imposições constitucionais é a cláusula da reserva do possível que não raras vezes tem o seu sentido deturpado e restrito às limitações orçamentárias do Estado para realização dos direitos fundamentais. Sua concepção original, no entanto, tem uma conotação muito mais sofisticada do que o indivíduo pode, em termos razoáveis, exigir da coletividade.

Palavras-chave: direitos fundamentais - cláusula da reserva do possível - mínimo existencial.

ABSTRACT

This study aims to study the effective constitutional duty to realize fundamental rights in a country like Brazil that has undergone a recent process of democratization. In this context, the Federal Constitution of 1988 emerges as a response to a dictatorial political scenario marked by too many repressions of freedom and individual guarantees and has become an instrument for the transformation of society. However, this same Constitution has opened up the insufficiencies of the State for the realization of the existential minimum, making explicit the gigantic distance between positive rights and what is actually achievable. In this perspective, one of the justifications invoked by the State to evade constitutional impositions is the possible reserve clause, which often has its meaning misrepresented and restricted to the State's

budgetary limitations for the realization of fundamental rights. Its original conception, however, has a much more sophisticated connotation than the individual can, on reasonable terms, require of the collectivity.

Keywords: fundamental rights - possible reserve clause - minimum existence.

INTRODUÇÃO

Com o processo de democratização nacional que desaguou na promulgação da Constituição Federal de 1988, intitulada de Constituição Cidadã, diversos direitos fundamentais sociais foram introduzidos na essência da sociedade brasileira que sofreu, a toda evidência, lamentáveis privações aos direitos sociais no período ditatorial.

Extenso é o rol destes direitos trazidos, principalmente, pelo art. 5º da nossa Constituição Federal e direcionados à efetivação do bem estar social.

No entanto, o que se verifica por todo este período democrático e, ainda hoje, é a gigantesca distância entre as imposições normativas e a efetiva promoção destes direitos pelo Estado principalmente em razão da escassez de recursos públicos e, também, da sua má gerência.

Não raras vezes, na ânsia pela garantia de seus direitos, o cidadão se recorre ao judiciário que tenta traçar um caminho mais curto entre a realidade fática e o ideal normativo imposto pela Constituição da República.

Percebe-se atualmente a crescente judicialização de políticas públicas que representa justamente o desespero do cidadão para efetivação de seus direitos diante de um Estado cada vez mais desprovido de recursos financeiros.

Este cenário pode ser constatado principalmente na área de saúde pública no Brasil.

Há muito se tem discutido sobre as milhares de ações ajuizadas pelos cidadãos brasileiros visando o fornecimento de medicamentos, insumos, exames médicos, cirurgias etc.

Em matéria veiculada pela Folha de São Paulo, verifica-se que as condenações correlatas à prestação de serviço e fornecimento de medicamentos e insumos na área da saúde no Estado de São Paulo sofreram um acréscimo de 92% (noventa e dois por cento) do ano de 2010 a 2015.ⁱⁱⁱ

E, infelizmente, as perspectivas futuras não são otimistas.

Neste contexto, inúmeras são as teses suscitadas pelas Procuradorias da União, Estados, Municípios e Distrito Federal tendentes a, ao menos, minimizar o caos financeiro vivenciado pelos seus respectivos entes.

Dentre estas teses destaca-se a ingerência do Judiciário em matéria de competência exclusiva do Executivo e, também, a observância à Cláusula da Reserva do Possível, esta última utilizada, na maioria das vezes, divorciada do seu significado primeiro.

Trata-se, pois, de tema deveras contemporâneo e recorrente nas Procuradorias Públicas e, sobretudo no Judiciário. Em razão disso, é merecedor de um olhar mais cauteloso de modo que, acima de tudo, o Estado cumpra o seu papel sem que haja, para tanto, intensificação dos desvirtuamentos e desgastes institucionais.

1. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL: UMA IMPRÓPRIA JUSTIFICATIVA, PORÉM, CADA VEZ MAIS RECORRENTE

De uma breve leitura do art. 5º da Constituição da República de 1988 verifica-se a toda e evidência o tratamento diferencial e especial atribuído aos direitos fundamentais.

O rol de direitos ali consignados que ao todo encerra 78 incisos e 4 parágrafos deixa patente a intenção do legislador constituinte de atribuir a estes direitos a condição de extensão da identidade do cidadão e da extensão da própria Constituição ao ponto de qualificá-los como imutáveis e considerá-los cláusulas pétreas^{iv}. Trata-se da primeira vez na história da legislação brasileira em que esta matéria teve tamanha relevância e força normativa.

Influenciada pelo estado do bem estar social, talvez pretendendo resgatar direitos fundamentais sociais, certo é que a Constituição Federal determina ao Estado o cumprimento da sua finalidade precípua que é atender aos anseios da população de modo que esta população usufrua de uma vida digna e, sobretudo, alcance o bem comum.

É exatamente isto que prevê o inciso IV, do art. 3º ao dispor que se trata de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No entanto, inobstante o fato da Constituição Federal prever e determinar a promoção destas garantias e deveres, não raras vezes, principalmente nos últimos tempos, verifica-se um Estado incapaz financeiramente de cumprir o seu papel, desaguando em um processo que se tem de um lado a intensa busca dos cidadãos pelos seus direitos junto ao Estado e do outro lado o Estado manejando sua escassez de recursos na tentativa de prover estes direitos da melhor forma possível.

A cláusula da reserva do possível surge neste cenário de incertezas como invocação de justificativas do Estado para tentar driblar os negativos fatores econômicos para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre a teoria da reserva do possível, assim definiu Vidal Serrano Nunes Júnior:

A teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidades orçamentárias para tanto.^v

A origem deste conceito de reserva do possível, remonta-se à década de 1970 no seio da jurisprudência alemã.

A partir de uma decisão proferida pela corte alemã instaurou-se a discussão acerca da possibilidade do Estado de promover todos os direitos sociais.

Referido posicionamento consistiu em verdadeiro limite à realização do direito de escolha, pelos estudantes, de estabelecimento de ensino superior e restou encartada pela decisão n. 33 do Tribunal Constitucional Federal.^{vi}

Em sobredita decisão chegou-se ao entendimento de que certos deveres e prestações do Estado devem se submeter a restrições em razão da capacidade do Estado de provê-la, ou seja, *reserva do possível* ou *vorbehalt des möglichen*.

A partir deste entendimento, aos cidadãos não assistiria todos os direitos previstos no texto normativo, mas somente aqueles que se mostrassem razoáveis, de modo que o indivíduo somente poderia esperar da sociedade prestações que se afigurassem razoáveis.

Frise-se que, assim como no Brasil, os direitos fundamentais na Alemanha tomaram especial relevo no período pós-guerra, fato que não demonstrou óbice, contudo, à recepção positiva desta decisão uma vez que a justificativa aviada consistiu no fato de que os direitos sociais, enquanto garantia da dignidade da pessoa humana deveriam ser promovidos satisfatoriamente na medida do possível para a totalidade da população.

O cenário em que sobredita decisão fora proferida correspondeu a um período em que os estudantes universitários na Alemanha se multiplicavam ao ponto de o sistema não mais comportar tamanha procura. Em razão disso, as leis locais passaram a aplicar o sistema do *numerus clausus* como forma de selecionar o acesso ao ensino superior nestas instituições estabelecendo, para tanto, limites de vagas ao ensino superior para o curso de medicina.

A justificativa adotada pela corte consistiu justamente na sustentação de que diante de tamanha demanda, as restrições do Estado impunham o estabelecimento de critérios de modo que se pudesse alcançar o maior número de pessoas dentro do possível, sem que para isso houvesse o comprometimento das demais áreas, serviços públicos e políticas públicas para o restante da população.

Para Jürgen Schwabe os direitos sociais de participação em benefícios estatais se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.^{vii}

Com isto, a decisão afastou os argumentos dos estudantes de que o acesso ao ensino superior previsto no art. 12, inciso I da Lei Fundamental alemã^{viii} é um dever do Estado e que este deveria garantir o número de vagas suficientes para atender a todos os candidatos.

Acerca da referida decisão, assim se manifestaram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.^{ix}

Logo, segundo a sua concepção original, reserva do possível relaciona-se ao estabelecimento do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Isto quer dizer que o seu sentido original não se reporta diretamente à limitação de recursos orçamentários para atendimento dos direitos sociais mas, sim, às obrigações que a coletividade pode absorver em relação ao indivíduo, de uma maneira racional.

Exclui-se, pois, anseios injustificados ou fora dos padrões normais e, nesta linha de entendimento, para que a coletividade não padeça em razão de desequilíbrios desarrazoáveis, há de se desenvolver um raciocínio segundo o qual a liberdade de cada indivíduo não possa se efetivar de modo divorciado das necessidades da comunidade em que vive. Trata-se da manutenção da justiça social.

Daniel Sarmiento preleciona que “que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes. Aduz ainda:

Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor.^x

Logo, o autor espousa o entendimento segundo o qual a reserva do possível no direito real deve significar o entrosamento da efetiva realização pelo Estado dos direitos fundamentais e a razoabilidade do que está a se exigir, não afastando, contudo, questões relativas à disponibilidade financeira pública.

2. APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO NACIONAL

No Brasil, sobredita teoria fora rapidamente recepcionada e é um dos principais argumentos de defesa em demandas judiciais envolvendo a efetividade dos direitos constitucionais, notadamente a partir da promoção de políticas públicas para esta finalidade.

Com isto os entes públicos, argumentando que não dispõem de recursos financeiros suficientes, tentam se eximir ou limitar a sua responsabilidade pela efetivação desses direitos verificando-se, a cada vez mais recorrente, judicialização das políticas públicas.

Verifica-se, pois, que a justificativa para aplicabilidade da cláusula da reserva do possível no Brasil se direciona tão somente à limitação orçamentária, deturpando-se do sentido original. Alia-se, pois, a reserva do possível à submissão da efetivação dos direitos sociais à condição de disponibilidade de recursos orçamentários.^{xi} E, segundo Fernando Borges Mânica, no Brasil, a teoria parece ser aplicada apenas como uma *teoria da reserva do financeiramente possível*.^{xii}

Seguindo a linha de raciocínio da concepção original, o Poder Judiciário tem se manifestado, na maioria das vezes, contra teoria da reserva do possível. É o que se depreende da interpretação adiante transcrita esposada em uma decisão emblemática proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, que assim restou ementada:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por RE 436.996 / SP 2 inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.^{xiii}

Nas razões desta decisão, o eminente ministro relator, Celso de Mello destacou, 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.

Outrossim, em sentido contrário, há decisões com entendimento de que ao determinar a execução de políticas públicas dispendiosas e individualizadas, o Poder Judiciário está a causar sério prejuízo ao restante da população que certamente se virá privada de atendimento em razão da má realocação de recursos.

Trata-se, no entanto, de interpretação que não escapa totalmente ao sentido original já que, como visto, a aplicabilidade do direito para atendimento de situações subjetivas individualizadas não deve afetar a coletividade.

Neste sentido, manifestou-se a Ministra Ellen Gracie em pedido de suspensão de tutela antecipada:

(...)

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados '(...)' e outros medicamentos necessários para o tratamento '(...)' (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.

Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, '(...)' a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, '(...)' (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a '(...)' execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, '(...)' (fl. 11).

6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da

antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde.^{xiv}

É de se observar, no entanto, o entendimento praticamente pacificado de nossos tribunais no sentido de afastar as alegações baseadas na Cláusula da Reserva do Possível porque segundo pondera Ingo Wolfgang Sarlet:

o que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.^{xv}

E nesta linha de raciocínio, prevalece, portanto, o entendimento jurisprudencial alhures citado consubstanciado na garantia do núcleo essencial e mínimo existencial.

O *núcleo essencial* pode ser definido como o conteúdo da norma que dispõe sobre direitos fundamentais que não pode ser restringida pelo Estado. Trata-se, pois, do meio pelo qual tenta-se coibir o poder ilimitado do legislador no que toca aos direitos fundamentais e, segundo preleciona Konrad Hesse:

enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais.^{xvi}

Neste diapasão, sobredito limite fora explicado amparado em três teorias, a saber:

Teoria absoluta, segundo a qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma unidade substancial autônoma que fixa seu conteúdo por si só independente de qualquer situação concreta. Desta forma, a norma de direito fundamental seria dividida em duas partes: um espaço suscetível de restrição e outro previamente delimitado imune a qualquer intervenção, independentemente dos valores envolvidos no caso concreto.

Teoria Relativa. Contrariamente à anterior, segundo esta Teoria o núcleo essencial é maleável e deve ser apurado em cada caso concreto mediante ponderação entre meios e fins. O mínimo essencial seria aquele núcleo que de maneira alguma poderia ser alterado, ou seja, que não poderia sofrer restrição ou redução neste processo de ponderação.

Teoria mista. Por esta teoria entende-se que há uma conciliação das duas primeiras com a seguinte fórmula: a proteção contra medidas arbitrárias e desproporcionais deve-se ter como parâmetro a ponderação de bens, assim, o núcleo essencial seria apurado em cada caso concreto (teoria relativa), porém, haverá sempre uma parcela nesse íterim que não pode ser tocada (teoria absoluta).^{xvii}

Em relação ao *mínimo existencial*, inobstante o fato de inexistir um conceito formado, doutrina e jurisprudência são uníssonos em afirmar que são prestações materiais que asseguram condições mínimas de sobrevivência à pessoa e que, no direito brasileiro, estão previstas na Constituição da República de 1988, sob o título de “Direitos Sociais”, no Capítulo II (artigos 6º a 11) do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) e se consubstanciam no direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.

Para Vidal Serrano Nunes Junior

os direitos sociais são como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade”.^{xviii}

O mesmo autor aduz ainda:

Na teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas da preservação da vida para a integração (para nós inclusão) na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas, consistindo em uma espécie de comando implícito, que determina que outras ações só sejam realizadas

quando satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas integradas estas no elemento subjetivo de um determinado Estado.^{xix}

Discorrendo sobre o mesmo tema, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

Já os direitos sociais de cunho prestacional (especialmente compreendidos como direitos a prestações fáticas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, mas especialmente (e além disso), buscando assegurar uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para justificar um direito (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso do mínimo apenas vital), mas, sim, bem mais do que isso, ou seja, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que outros tem designado de uma vida boa.^{xx}

Observa-se-se, pois, que Ingo Wolfgang Sarlet traz uma diferenciação entre mínimo existencial e mínimo vital enquanto Vidal Serrano Nunes Júnior entende possuírem, praticamente, o mesmo conceito.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que mínimo existencial é bem mais do que mínimo vital. Aquele se consubstancia no dever do Estado de promover ao cidadão uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade que é abordado por este autor como norma (valor, princípio e regra) fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Por fim, com relação ao mínimo vital, ele entende que se trata da garantia de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, cumpre ao Estado possibilitar ao indivíduo uma vida digna e saudável. Ao discorrer sobre o tema Thadeu Weber explica que :

a dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um "mínimo existencial" estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna.^{xxi}

Com o advento da Constituição, estes direitos foram elevados ao *status* de norma constitucional com aplicabilidade imediata de modo que o Judiciário, para suprir as omissões do Poder Executivo, passou a agir de forma efetiva na garantia destes direitos.

Neste sentido, assim preconiza Lenio Streck:

é neste sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes.^{xxii}

Logo, conforme já explicitado alhures, a realidade brasileira, notadamente no que toca à efetividade da saúde pública, se demonstra cada vez mais contrária aos preceitos constitucionais. Isto porque a situação financeira crítica do Estado e a má gerência de recursos públicos deságuam no inarredável comprometimento destes direitos fundamentais que são a base do mínimo existencial, uma vez que sem direito à saúde, não há dignidade e não há vida.

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde passou a ser *direito de todos e dever do Estado* e instituiu, via de regra, o *acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

De igual forma a Constituição estabeleceu que o dever de promoção de Políticas Públicas no âmbito da saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Disso decorre que um ente federado, quando provocado, não pode se furtar ao cumprimento do dever constitucional sob argumento de que não se trata de sua

responsabilidade, mas, sim da responsabilidade do outro ente. A responsabilidade de promover este direito, repita-se, é solidária.

Logo, em razão de se tratar de responsabilidade solidária, mister que haja cooperação entre estas esferas de governo de modo a garantir o *equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*.^{xxiii}

Porém, a atribuição de competência comum e responsabilidade solidária não implica dizer que todos os entes têm estes deveres irrestritamente. Esta linha de raciocínio fatalmente provocaria, o que de fato a realidade demonstra estar provocando, a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais na realização das mesmas tarefas.

Não obstante a distribuição de competência proporcionada pela Lei Orgânica da Saúde^{xxiv} e questões afetas às dificuldades financeiras, o que se tem observado é um verdadeiro *jogo de empurra* entre os entes federativos que inevitavelmente deságua no Judiciário.

Verifica-se que se cada ente federado executasse a sua cota parte de deveres não haveria uma sobrecarga para aqueles que mais perto estão da população, como é o caso dos Municípios.

Logo, o fato de a um ente da Federação ser incumbida a efetivação de determinado direito ou fornecimento de determinado medicamento, por exemplo, não significa que lhe caiba financiá-lo por si só, e de forma isolada. Há de existir, como visto, cooperação para melhor atendimento à população.

Eis, pois, um fator que deve ser tratado com maior zelo pelos entes da federação o que, certamente, diminuiria, sobremaneira, a judicialização de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização das políticas públicas origina-se do impasse existente entre a efetivação dos direitos fundamentais consolidados pela Constituição Federal de 1988 com a necessidade de execução de políticas públicas tendentes a efetivá-los e a falta de recursos públicos.

Em razão disto, surge no cenário brasileiro a recorrente utilização da *reserva do possível* como forma do Estado se escusar do cumprimento de seus deveres, alegando limitações financeiras. Trata-se, pois, de uma interpretação divorciada do sentido original, este surgido na Alemanha na década de 1970, segundo o qual, o Estado dever prover os direitos constitucionais dentro daquilo que seria razoável prover, considerando o dever de atendimento a toda comunidade.

Certo é, no entanto, que essa teoria é rechaçada pela jurisprudência que espousa o entendimento de que cumpre ao Estado promover o mínimo existencial de modo que o cidadão possa dignamente viver em sociedade. E é justamente este o sentido imposto pela norma constitucional.

Compete ao Estado gerir então, de forma eficiente e programada o orçamento público para que questões tais não continuem a ser utilizadas em detrimento do cidadão que já contribui, intensamente, com o patrocínio destes serviços públicos.

Finalmente, incumbe aos entes federativos, cada um com sua cota de responsabilidade, efetivar os direitos dos cidadãos sem comprometer e sobrecarregar uns aos outros. Esta postura, certamente, aliviaria sobremaneira os próprios entes e o Judiciário de modo que estancaria consideravelmente a judicialização de políticas públicas no âmbito da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 41075. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. j. 22.11.2005 DJ 03.02.2006;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 91. Relatora Ministra Ellen Gracie. j. 26.02,2007. DJ. 05.03.2007;

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do estado. Disponível em:

[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf] Acesso em: 21.11.2016;

Jornal Folha de São Paulo. Disponível em:

[<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>] Acesso em: 01.03.2017;

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, a. 5, n. 18;

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009;

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. v. 1 Reserva do possível. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

_____. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015;

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656- 667.

SILVA, Bruno Miola da. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 31, n. 1:241-260, jan./jun, 2015;

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011#1a] Acesso em: 02.03.2017.

ⁱ Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Secretário Titular da Fundação Sul Mineira de Ensino - FSME. Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

ⁱⁱ Professora do Centro Universitário da Fundação Educacional de Guaxupé. Mestranda em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Especialista em Direito Municipal da Universidade Anhanguera. Procuradora-Geral do Município de Guaxupé. Advogada.

ⁱⁱⁱ Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>] Acesso em 01.03.2017

^{iv} Nesse sentido A Constituição Federal dispõe:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)
IV - os direitos e garantias individuais.

^v A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 172.

^{vi} SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656- 667.

Em idioma original disponível em: [<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>] Acesso em 02.03.2017.

^{vii} Apud FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do estado. Disponível em: [http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf] Acesso em 21.11.2016

^{viii} Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.

^{ix} Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. V. 1 Reserva do Possível. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010, p. 138.

^x SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 507

^{xi} KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002 p. 52.

^{xii} Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 181.

^{xiii} BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 41075. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. j. 22.11.2005 DJ 03.02.2006.

^{xiv} BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 91. Relatora Ministra Ellen Gracie. j. 26.02.2007. DJ. 05.03.2007.

^{xv} A eficácia dos direitos fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 356.

^{xvi} Apud MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 43.

^{xvii} Sobre as teorias do núcleo essencial, vide: MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 43-44.

^{xviii} Op. cit., p. 70.

^{xix} *Ibid.*, p. 72.

^{xx} SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015 p. 136-137.

^{xxi} WEBER, Thadeu. *A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011#1a] Acesso em 02.03.2017.

^{xxii} Apud SILVA, Bruno Miola da. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 31, n. 1:241-260, jan./jun. 2015, p. 244.

^{xxiii} Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal:

art. 23. (...)

Parágrafo único: Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

^{xxiv} BRASIL. Lei n. 8080, DOU 20. 09.1990.