

Os direitos fundamentais – ênfase na saúde – e a reserva do possível

Fundamental rights – focus on health – and the reserve of the possible

Thiago Barbosa de Oliveira

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Uberlândia – TJDU. Membro da Comissão OAB/Jovem da 13ª Subseção da OAB/MG.
e-mail: thibaol@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho aborda a questão dos direitos fundamentais, com ênfase na dignidade da pessoa humana, confrontando-os com a teoria da reserva do possível, como justificativa utilizada pelo Poder Público para deixar de implementar políticas necessárias à sua efetivação. Dentro da dignidade da pessoa humana, enfatiza-se a saúde como condição necessária ao exercício da cidadania. Inicialmente, foi realizado um estudo aprofundado sobre direitos fundamentais, com a verificação e análise de diversos autores acerca do tema. Em seguida, dissertou-se sobre a teoria da reserva do possível, inclusive com a análise de jurisprudências que a tenham adotado, para, posteriormente, chegar-se à conclusão de que a efetividade dos direitos sociais, prevalentemente dos diretamente relacionados à vida e à saúde, não pode estar condicionada à viabilidade orçamentária. O conhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, notadamente o direito à saúde, e a importância da estrutura desses direitos para a formatação do ordenamento jurídico atual são os fundamentos do presente estudo. O trabalho sustentou-se em estudos bibliográficos, de método dedutivo, norteados pelas etapas investigativas teórica e analítica, objetivando, assim, apresentar a relevância do tema para o sistema jurídico.

Palavras-chave: direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; reserva do possível

Abstract: This essay discusses the question of fundamental rights, with emphasis on human dignity by confronting them with the theory of reserves as possible, as the justification used by the government to stop implementing policies necessary for their enforcement. Inside the human dignity, it emphasizes health as a prerequisite to citizenship. Initially, we performed a detailed study of fundamental rights, with verification and analysis of various authors on the subject. Then we spoke about the theory of reserves as possible, including the analysis of jurisprudence that was adopted, to come to the further conclusion that the effectiveness of social rights, the predominantly directly related to life and health can not be subject to feasibility budget. Knowledge of the inherent rights of human person, especially the right to health and the importance of the structure of such rights for the formatting of current law are the foundations of this study. The work was supported by bibliographical studies, the deductive method, guided by theoretical and analytical investigative stages, aiming therefore to show the relevance of the theme for the legal system.

Keywords: fundamental rights; human dignity; reserve as possible.

1. Introdução

Os direitos fundamentais constituem a essência do constitucionalismo moderno, pois se tratam de premissa para a caracterização do modelo de estado dominante na atualidade, qual seja, o Estado Social Democrático de Direito, que se define mais pelo seu compromisso com os direitos fundamentais do que necessariamente pela sua intervenção ou não na economia.

Pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova por meio da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.

O primeiro modo nos ofereceria a maior garantia de sua validade universal, se verdadeiramente existisse a natureza humana e, admitindo-se que existisse como dado constante e imutável, tivéssemos a possibilidade de conhecê-la em sua essência: a julgarmos pela história do jusnaturalismo, a natureza humana foi interpretada dos mais diferentes modos, e o apelo à natureza serviu para justificar sistemas de valores até mesmo diversos entre si. Qual é o direito fundamental do homem segundo a sua natureza? O direito do mais forte, como queria Spinoza, ou o direito à liberdade, como queria Kant?

O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores.

Cabe avaliar até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, por meio de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Como teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do

tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado — que não é mais absoluto e, sim, limitado, que não é mais fim em si mesmo e, sim, meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, como direitos positivos ou efetivos.

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem como direitos do cidadão do mundo. Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. Quando digo "contém em germe", quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas.

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência.

Somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o

Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência. Portanto, é claro que, com aquele juízo hipotético (ou, o que é o mesmo, com aquela alternativa), os autores da Declaração demonstraram estar perfeitamente conscientes do meio que leva ao fim desejado. Mas uma coisa é a consciência do meio, outra, a sua realização.

Quando se diz que a Declaração Universal representou apenas o momento inicial da fase final de um processo, o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem, pensa-se habitualmente na dificuldade de implementar medidas eficientes para a sua garantia numa comunidade como a internacional, na qual ainda não ocorreu o processo de monopolização da força que caracterizou o nascimento do Estado moderno.

Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura. E, não obstante, Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada).

Para dar apenas alguns exemplos, cabe lembrar que a crescente quantidade e intensidade das informações a que o homem de hoje está submetido faz surgir, com força cada vez maior, a necessidade de não se ser enganado, excitado ou perturbado por uma propaganda maciça e deformadora; começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações. No campo do direito à participação no poder, faz-se sentir na medida em que o poder econômico se torna cada vez mais determinante nas decisões políticas e cada vez mais decisivo nas escolhas que condicionam a vida de cada homem — a exigência de participação no poder econômico, ao lado e para além do direito (já por toda parte reconhecido, ainda que nem sempre aplicado) de participação no poder político.

O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever. A Declaração Universal representa a consciência histórica de que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Nesse sentido, a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram o quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um

verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial.

Seguindo este paradigma, insere-se a conjuntura dos direitos fundamentais e, respectivamente a estrutura dos direitos sociais, mais especificamente a saúde, cabendo avaliar no contexto brasileiro a abordagem que insere a questão nos termos que são vivenciados na realidade atual.

2. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

No caso específico brasileiro, não obstante a inexistência de norma constitucional expressa que qualifique nossa República como um Estado Social – a Constituição se refere apenas a Estado Democrático de Direito – há unanimidade doutrinária de que seu princípio foi amplamente abarcado pela Carta Magna.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001) estabelece que os direitos fundamentais têm, em nosso ordenamento atual, a função de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, que se caracteriza como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, presente na Constituição.

Nesse sentido, os direitos fundamentais atuam direcionados à proteção de qualidades intrínsecas ao ser humano, as quais o faz merecedor de respeito e de consideração por parte da sociedade e do Estado, impedindo atos abusivos que visem degradar ou desonrar os particulares, assegurando as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e resguardando a sobrevivência dos indivíduos.

Os direitos fundamentais assumem não só o papel de garantir negativamente que os particulares não sejam alvos de depreciação, mas também têm a função positiva de possibilitar o desenvolvimento total da personalidade de cada indivíduo. Desse modo, a Administração Pública como um todo passa a ter a obrigação máxima de proteção e de consideração de regras e princípios que estejam entrelaçados com os direitos fundamentais de cada cidadão. Nesse sentido, nenhuma restrição a direito fundamental pode ser tão desproporcional a ponto de fazer com que tal direito deixe de ser garantido, afetando seu núcleo essencial.

O autor defende que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2001, p. 43).

Assim, percebe-se a importância dada pelo doutrinador à dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, aos direitos fundamentais, chegando ao ponto de, em uma situação extrema, quando em conflito a autonomia do indivíduo e a satisfação dos direitos mínimos, deve prevalecer o segundo, sendo postergada sua liberdade frente à incapacidade de garantir as condições fundamentais de sua existência.

De acordo com o jurista (SARLET, 2001, p. 42-50), os direitos fundamentais subdividem-se em dois grupos, os direitos de defesa e os direitos prestacionais.

No que tange aos direitos prestacionais, de interesse direto neste trabalho, sua definição traz em si atrelada uma inversão da ideia clássica de pretensão jurídica fundada em um direito subjetivo: de uma abstenção do Estado em relação a direitos, liberdades e garantias, passa-se a uma proibição da omissão estatal, ou seja, a uma exigência de intervenção do Estado com intuito de assegurar prestações aos cidadãos.

O Poder Constituinte originário, deixando claro o cunho social da Constituição da República, elencou uma série de direitos e garantias fundamentais, os quais se privilegiaram de aplicabilidade imediata e de instrumentos que a garantam, tais como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Os direitos humanos fundamentais são prerrogativas jurídicas inerentes à própria existência das pessoas, tendo como principais características a inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade e complementaridade.

Vejamos o que leciona Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAES, 2000, p. 39).

Particularmente no que se refere à saúde, esta se constitui em condição necessária ao pleno exercício da cidadania, haja vista sua íntima relação com a qualidade de vida, objetivo maior de todos os cidadãos ao exercerem seus direitos. Neste sentido é imprescindível conhecermos o conceito de saúde. Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos. Destarte, pode-se afirmar que a saúde é uma constante busca pelo equilíbrio entre componentes variados da vida e influências ambientais.

De certo modo, garantir o direito à saúde é garantir o direito à própria vida, neste sentido é que a Constituição da República prescreve em seus arts. 196 e 197:

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

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A vida, desde seu início, inclusive a uterina, é constitucionalmente protegida. O direito à vida consiste na garantia estatal de se permanecer vivo e de forma plena e digna. Por esta razão, José Afonso da Silva assevera:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 1999, p. 200).

Ao amparar o direito a vida, o legislador constituinte estabeleceu, também, as garantias constitucionais necessárias ao seu exercício e o elevou à categoria de Direito Fundamental.

O direito à saúde como elemento garantidor do direito mais fundamental entre os fundamentais, o direito à vida, é concebido como direito de todos e dever do Estado, que deve exercê-lo mediante políticas sociais e econômicas.

Vista a fundamentalidade do direito à saúde, passemos à análise da Teoria da Reserva do Possível, para, posteriormente, a estudarmos como argumento limitador da ação estatal na garantia daquele direito fundamental.

3. A Teoria da Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível tem origem na Corte Constitucional Alemã, na qual sustentou-se que as limitações econômicas podem comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. De acordo com esse entendimento, os indivíduos somente podem exigir do Estado a execução de uma prestação ou o atendimento de um interesse, se observados os limites da razoabilidade.

Os direitos sociais são classificados como de segunda geração, vindo posteriormente aos direitos civis e políticos de primeira geração, desenvolvidos durante o liberalismo burguês.

Tais direitos prestacionais dominaram o século XX, atuando de forma preponderante nas formulações constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial, caracterizados por serem os direitos culturais, sociais, coletivos e econômicos.

Inicialmente, por exigirem do Estado uma força participativa de natureza prestacional e, conseqüentemente, maiores gastos públicos, tinham apenas caráter programático, afirmando alguns autores, como Daniel Sarmento (2003, p. 21), que estariam subordinados ao Princípio da Reserva do possível, já que a concretude destes direitos estaria obstaculizada pelos limites fáticos muitas vezes insuperáveis.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 287), os direitos prestacionais poderiam estar sujeitos, de acordo com o contexto político vivenciado, a três elementos básicos: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a concretização dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, como a previsão orçamentária, a competência tributária e legislativa etc., para a o aten-

dimento eficaz dos direitos fundamentais; c) e a efetiva proporcionalidade entre a prestação exigida e a exigibilidade e esforços a serem utilizados.

Contudo, o próprio Daniel Sarmento (2003, p. 22), afirma posteriormente que a eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração deve ser imediata, pois tais direitos são eminentemente obrigatórios para a garantia de um Estado Democrático de Direito, por isso, tais direitos não poderiam ficar sujeitos à vontade incerta do legislador, tão pouco, ao arbítrio judicial e as vontades políticas.

Sobre essa relevante questão, Ingo W. Sarlet comenta:

[...] Colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que [...] firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos 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. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2007, p. 304).

Neste sentido, surgiu o entendimento de que a viabilização dos direitos sociais, por meio de políticas públicas, estaria atrelada à prévia disponibilidade de recursos materiais para tal, sendo que o Estado, embora tivesse o dever de cumprir as normas assecuratórias de prestações sociais, poderia esquivar-se dessa obrigação face às impossibilidades materiais devidamente comprovadas.

A partir daí, afloraram questionamentos acerca dos limites até os quais as prestações estatais poderiam ser reduzidas em virtude da falta de recursos orçamentários. Ou seja, até onde e em que momento o Estado poderia, com fundamento na insuficiência de reservas, limitar as políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais.

Outra questão emergida relaciona-se aos limites de atuação do Poder Judiciário na elaboração e execução de políticas públicas estatais, sem que haja ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Tais questionamentos foram objeto de estudos e debates em toda a jurisdição pátria; contudo, o Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu as linhas mestras do posicionamento majoritário atual, segundo o qual o Poder Judiciário pode intervir na formulação das políticas públicas para assegurar a garantia do mínimo existencial, a porção imprescindível à manutenção da dignidade humana por meio das prestações estatais. Vejamos parte da argumentação do Ministro¹:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15.08.2010.

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, Norton: New York, 1999), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, 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 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. Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo

ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível". Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Desta feita, não obstante a efetivação dos direitos sociais vincular-se à reserva do possível, a parcela mínima necessária à garantia da dignidade humana jamais poderá ser escusada, incumbindo ao Judiciário a correção de possíveis atentados contra a razoabilidade e a proporcionalidade. Vale mencionar, doutro turno, que "esta prática resguarda as margens de atuação do legislador e do administrador público, tendo em vista que o juiz não dirigirá a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção", nos termos da lição de Alceu Maurício Júnior (2010, p. 2).

Ao se considerar que, independentemente da reserva do possível, o Estado deve executar uma porção mínima de prestações com vistas à garantia da dignidade humana, logo se infere que a saúde é o direito fundamental que mais exige a consecução de políticas públicas estatais, seja na efetivação de medidas de saneamento básico ou na prevenção e tratamento de doenças. A garantia do direito à saúde é o exemplo mais

próximo da noção de mínimo existencial, já que é o ponto de partida para a prestação de todos os outros direitos sociais.

O doutrinador Daniel Sarmento (2003, p. 22) afirma que a eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração, entre os quais o direito à saúde, deve ser imediata, pois os mesmos são eminentemente obrigatórios para a garantia de um Estado Democrático de Direito, por isso, não poderiam ficar sujeitos à vontade incerta do legislador, tampouco, ao arbítrio judicial.

4. Conclusão

Primeiramente, é importante lembrar que a teoria da Reserva do Possível foi formulada e desenvolvida na Alemanha em um contexto jurídico e social completamente distinto da realidade brasileira; sendo cediço que se torna bastante perigosa a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em determinados países para outros com bases cultural, econômica, social e histórica completamente distintas.

Cabe destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que influenciou drasticamente nesse interstício cultural que deve ser analisada com ressalvas e com as devidas cautelas.

A realidade alemã, quando da formulação da referida teoria, refletia um estado com pouquíssimas falhas na proteção dos direitos fundamentais, em que a população encontrava-se protegida contra sua dilapidação e desrespeito; neste sentido, é palpável que os gastos estatais já eram altos e que, portanto, qualquer novo dispêndio poderia não ser possível do ponto de vista orçamentário.

No que tange à conjuntura brasileira, a teoria estudada não encontra qualquer fundamentação válida, já que em nosso país os direitos fundamentais não são, muitas vezes, sequer minimamente assegurados e, em determinadas ocasiões, não o são conscientemente, por uma questão de perspectiva estatal privilegiadora do aspecto financeiro em detrimento das necessidades humanas.

A atuação do Poder Judiciário brasileiro se torna de imensurável importância para o afastamento da adoção da Teoria da Reserva do Possível pelo Estado como mera desculpa para justificar o descumprimento de políticas públicas, em especial quando a saúde dos cidadãos esteja envolvida.

Desta feita, adéquam-se as teorias de Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento e, com maior relevância, o nosso ordenamento jurídico atual, com destaque para a Constituição da República.

A efetividade dos direitos sociais, prevalentemente dos diretamente relacionados à vida e à saúde, não pode estar condicionada à viabilidade orçamentária. Assim, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora dessa hipótese, coloca-se em risco o fundamento e a solidez do Estado Democrático Social de Direito, ignorando-se a Constituição Republicana e frustrando as legítimas expectativas da sociedade.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF n.º 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15.08.2010.

JÚNIOR, Alceu Maurício. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Revista Diálogo Jurídico, nº 15.

Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15.08.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.