

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

VICTOR GUIMARÃES TAVARES DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A
SAÚDE DIANTE DE TRATAMENTOS CUSTOSOS**

RECIFE
2018

VICTOR GUIMARÃES TAVARES DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A
SAÚDE DIANTE DE TRATAMENTOS CUSTOSOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obten-
ção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Felipe Canuto

RECIFE
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Silva, Victor Guimarães Tavares da.

S586a Ativismo judicial e a concretização do direito à saúde diante de tratamentos custosos / Victor Guimarães Tavares da Silva. - Recife, 2018. 53 f.

Orientador: Prof. Dr. André Felipe Canuto.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Ponderação. I. Canuto, André Felipe. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.1 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-097)

VICTOR GUIMARÃES TAVARES DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A
SAÚDE DIANTE DE TRATAMENTOS CUSTOSOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obten-
ção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Felipe Canuto

RECIFE
2018

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

VICTOR GUIMARÃES TAVARES DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE
DIANTE DE TRATAMENTOS CUSTOSOS

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico esta obra aos meus pais, Ignez e Adejardo, pela história de vida, pelo amor; pela dedicação sempre incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha mãe, cujos incentivos e dedicação foram essências à minha chegada até aqui. Exemplo de carinho e preocupação a todos que estão a sua volta. Obrigado por tudo.

Ao meu pai, por todo o apoio e incentivo despendidos e, acima de tudo, por ser fonte da minha admiração.

À minha namorada, Malu, pelo amor, apoio e, muitas vezes, paciência.

Agradeço ao professor e orientador André Felipe Canuto, pelo seu comprometimento no desenvolvimento da pesquisa, indispensável à conclusão do trabalho.

Por fim, agradeço a Faculdade Damas, e aos professores do curso de Direito, por todos os anos de aprendizado, e pela certeza de ser uma instituição inteiramente comprometida com o ensino e a educação.

RESUMO

As complexidades da vida contemporânea em sociedade e as deficiências dos poderes públicos, em conjunto com as premissas garantistas provenientes da Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxeram à tona uma modificação no contexto de atuação do poder judiciário. Este passou a representar um papel diferente do observado outrora, marcado por uma atuação proativa, ativista, vindo a efetivar direitos.

Consoante o vasto rol de direitos fundamentais elencados na Carta Maior, o presente trabalho vem a abordar especificamente o direito a saúde, de modo a analisar a sua relação conflituosa com o custeio do seu fomento, em especial quando da pretensão de se obter um tratamento custoso do estado. Portanto, o desenvolvimento acerca do princípio da proporcionalidade, e a sua possível utilização como meio de solucionar os conflitos normativos existentes no caso concreto, vem a ser o ponto central do presente trabalho.

A pertinência do trabalho vem a residir justamente na importância dos direitos envolvidos, de modo que a promoção da vida humana e a capacidade da máquina pública guardam relação de dependência, e ao mesmo tempo são circunstâncias conflitantes. Conforme as pretensões inicialmente elencadas, pautou-se pela mitigação da teoria do possível, quando do conflito existente entre o custeio de um tratamento custoso e a alegação da falta de recursos públicos. Assim, dentro do sopesamento de direitos, o direito a saúde deveria prevalecer, ante os mandamentos expressos na Constituição Federal, no tocante ao acesso universal.

Partindo-se de uma metodologia pautada pelo estudo descritivo, através do método analítico dedutivo, e utilizando-se das mais variadas bibliografias, percebeu-se por uma confirmação parcial da hipótese inicialmente suscitada. Realmente, em que pese a expressa previsão Constitucional, disposta no art. 196, porquanto à efetivação do direito à saúde, o custeio indiscriminado de tratamentos custosos poderia levar o próprio mandamento da promoção do acesso universal a ruína, de modo que o poder público estaria impossibilitado de custear os demais serviços.

Assim, a conclusão se pauta pela mitigação da teoria da reserva do possível, perante a análise do caso concreto, somente quando a falta do tratamento requerido puser em risco a vida digna da pessoa humana.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Teoria da Reserva do Possível. Princípio da Proporcionalidade. Ponderação

ABSTRACT

The complexities of contemporary life in society and the deficiencies of the public powers, together with the guarantor premises of the Brazilian Federal Constitution of 1988, brought to light a change in the context of the judiciary. It came to represent a different role from what was once observed, marked by a proactive, activist, and effective realization of rights.

According to the vast list of fundamental rights listed in the Major Charter, the present work specifically addresses the right to health, in order to analyze its conflicting relationship with the funding of its development, especially when seeking to obtain a costly treatment of State. Therefore, the development of the principle of proportionality, and its possible use as a means to solve the existing normative conflicts in the concrete case, comes to be the central point of the present work.

The pertinence of the work lies precisely in the importance of the rights involved, so that the promotion of human life and the capacity of the public machine are dependent and at the same time conflicting circumstances.

According to the pretensions initially mentioned, it was based on the mitigation of the theory of possible, when the conflict between the cost of a costly treatment and the claim of the lack of public resources. Thus, within the scope of rights, the right to health should prevail, in the face of the commandments expressed in the Federal Constitution, regarding universal access.

Starting from a methodology based on the descriptive study, using the deductive analytic method, and using the most varied bibliographies, it was perceived by a partial confirmation of the hypothesis initially raised. Actually, in spite of the express Constitutional forecast, stated in art. 196, since to the realization of the right to health, the indiscriminate costing of costly treatments could take the very command of the promotion of universal access to ruin, so that the public power would be unable to defray the other services.

Thus, the conclusion is based on the mitigation of the theory of the reserve of the possible, before the analysis of the concrete case, only when the lack of the required treatment jeopardizes the dignified life of the human person.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Right to Health. The Principle of Proportionality. The Weight Formula.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE DESENSOLVIMENTO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ATIVISMO JUDICIAL	11
2.1 Origem e desenvolvimento do ativismo judicial: dos Estados Unidos da América ao Brasil	11
2.2 O ativismo judicial no Brasil	16
2.2.1 O Supremo Tribunal Federal ativista: A evolução de sua atuação como garantidor de direitos fundamentais.....	17
2.3 O conceito de ativismo judicial	22
2.4 O ativismo judicial e a concretização de políticas públicas: Uma violação à separação de poderes?	24
3. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.1 Conceito da teoria da reserva do possível	28
3.2 Origem da teoria da reserva do possível	30
3.3 A teoria do mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível	33
3.4 A teoria da reserva do possível e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro	37
4. ATUAÇÃO JUDICIAL E OS CONFLITOS NA APRECIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	41
4.1 Conceito e Características dos Princípios.....	41
4.2 O Princípio da Proporcionalidade.....	43
4.2.1 Evolução histórica do princípio	43
4.2.2 A Proporcionalidade na Teoria do Direito	44
4.2.3. As Sub-regras da Proporcionalidade	46
4.2.4 A Ponderação	47
5. CONCLUSÃO	50
6. REFERÊNCIAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

A forma de atuação do poder judiciário, no tocante ao seu papel na vida institucional brasileira, vem se modificando ao longo dos últimos anos. Os anseios sociais clamam por uma maior efetividade da administração pública em efetivar os serviços essenciais previstos na constituição federal, tendo em vista a usual deficiência com a qual eles são prestados. Assim, a ideia do ativismo judicial, a qual se caracteriza como um modo proativo e expansionista de interpretar e aplicar a lei, coloca o juiz como protagonista quanto à concretização do direito fundamental a saúde.

As constituições contemporâneas trazem à tona um maior reconhecimento em relação a efetivação dos direitos fundamentais, em especial a saúde. Tal direito social encontra-se positivado na Carta de 1988, caracterizando-se como uma pré-condição aos demais ditos fundamentais, um direito base quanto a preservação da vida. Assim, tem-se uma exigibilidade, porquanto dos entes públicos, em garantir tal comando constitucional.

Em contrapartida à prestação de direitos, encontram-se os entraves econômicos, e o seu uso como argumentação apta a justificar a impossibilidade de garantia daqueles. De origem alemã, desenvolvida ao longo da década de 1970, e posteriormente assimilado ao direito brasileiro, a teoria da reserva do possível vem a representar, de primeiro plano, um impasse frente a garantia dos direitos fundamentais. Portanto, a condição do estado em concretizar tais direitos estaria limitada à sua capacidade financeira, fato este que, dentro de uma margem de discricionariedade, viria a ser determinado pelo poder público.

Deste modo, torna-se imperioso a análise da atuação do poder judiciário, no tocante ao infortúnio existente entre a sua atual posição de protagonismo, enquanto garantidor do direito fundamental a saúde, e os entraves econômicos existentes para tanto. Assim, esse contexto vem a demonstrar uma grande relevância no cenário político, administrativo e jurídico nacional.

É notório, dentro do senso comum, a ineficácia estatal no tocante a proporcionar e garantir os comandos constitucionais, em especial os elencados como fundamentais. A saúde, direito social e requisito base aos demais direitos inerentes a vida, é um dever do estado, há comandos impositivos à sua realização.

Portanto, o princípio da proporcionalidade pode servir de lastro a atuação do ativismo judicial?

Os direitos fundamentais, dentre os quais está o direito a saúde, são ensejadores de uma atuação cogente do poder público, estando este obrigado a agir em detrimento da maior eficácia possível em sua concretização. Desta maneira, dispõe o artigo 196 em sua literalidade, acerca do dever estatal, como prestador, e da garantia ao acesso universal pelos particulares. Tendo em vista se tratar de uma garantia fundamental, inerente a própria existência digna do ser humano, deve este suportar o menor encargo possível, quando diante da necessidade de ser atendido de forma eficaz pelo poder público.

Destarte, a mitigação da teoria da reserva do possível diminuiria os encargos sofridos pelo particular, quando da necessidade de ter seu direito efetivado em face de decisão judicial. A prestação do direito ora estudado, conforme o caso concreto em atuação pelo magistrado, seria colocado em um patamar acima de uma suposta alegação de falta de recursos financeiros.

A presente monografia tem como objetivo geral analisar o princípio da proporcionalidade como lastro a atuação do ativismo judicial, porquanto da concretização do direito à saúde, repita-se, quando diante da prestação de um tratamento que custará um alto valor ao Estado. O primeiro objetivo específico é historicizar o conflito existente entre a garantia do direito à saúde, e a teoria de que tal imposição demanda uma capacidade econômica para tanto. Ademais, o segundo objetivo específico se consubstancia em verificar a relação conflituosa entre os fatos econômicos e o direito fundamental à saúde. O terceiro objetivo específico deste trabalho tem como meta analisar o princípio da proporcionalidade, assim como a técnica da ponderação de direitos, aptas a solucionar os conflitos existentes.

O método utilizado na pesquisa é o estudo descritivo, através do método analítico dedutivo. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas das mais diversas formas, notadamente com acesso à doutrina, à legislação e à posição jurisprudencial nacional.

Portanto, a ideia do ativismo judicial, assim como a judicialização da saúde, vem a imperar como novos mecanismos aptos a manejar o acesso a tal direito fundamental. Desta feita, torna-se necessária analisar tais institutos, partindo-se de uma perspectiva histórica de desenvolvimento e aplicação, assim como os seus pontos negativos e positivos dentro da sociedade brasileira. Este será o tema do nosso primeiro capítulo.

Tendo em vista a relevância do assunto no conjunto da pesquisa, o segundo capítulo deste trabalho aborda a Teoria da Reserva do Possível, de modo a explicar

sua origem, a maneira e grau de incidência com que tem sido aplicada no direito brasileiro, suas decorrências, críticas que lhe são atribuídas, e a problemática relativa à ponderação de princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no terceiro capítulo, é de fundamental importância explicar a incidência do princípio da proporcionalidade na relação conflituosa entre os direitos suscitados.

No tocante a conclusão do presente trabalho, há um direcionamento no sentido a confirmar parcialmente a hipótese trazida à problemática da pesquisa. Desta forma, haveria uma necessidade de mitigação da teoria da reserva do possível, quando na confrontação perante o caso concreto, houvesse uma afronta ao mínimo existencial, e conseqüentemente a dignidade humana, a partir de sua invocação pelo poder público.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE DESENSOLVIMENTO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial vem a imperar como um dos mecanismos aptos a manejar o acesso ao direito a saúde, sendo este caracterizado como fundamental e essencial à própria vida. Assim, diante dos fundamentos trazidos pela ordem constitucional vigente e o protagonismo atual do poder judiciário como agente passível a garantir prestações públicas, se faz imprescindível uma análise pormenorizada acerca do instituto.

Como ponto inicial do nosso trabalho, cabe um esboço acerca da origem do instituto do ativismo judicial, o qual se deu nos Estados Unidos da América, em meados do século XIX. Posteriormente, partindo-se de uma perspectiva histórica de formação e desenvolvimento, analisaremos a sua influência e aplicação no direito pátrio, assim como os pontos negativos e positivos dentro da sociedade brasileira.

2.1 Origem e desenvolvimento do ativismo judicial: dos Estados Unidos da América ao Brasil

O processo de judicialização do direito brasileiro, e a sua conseqüente influência norte-americana, vem a guardar relação com este país em decorrência das influências concernentes ao sistema constitucional, especificamente o controle difuso de constitucionalidade. Já à época da Constituição Republicana de 1891 sob a influência do direito norte-americano, a referida técnica de controle normativo constitucional veio a ser instituída no Brasil. Ao longo dos anos, sua utilização foi consolidada e desenvolvida, perdurando até os dias atuais, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Estados Unidos da América, 1857. Caso Dred Scott vs Sanford. Tendo como base o contexto escravocrata da época, em que se pese as discussões acerca das liberdades individuais, que já afloravam, a Corte Suprema Norte-Americana proferiu uma das decisões mais racistas e antidemocráticas da história, incompatíveis com as atuais premissas de garantias fundamentais. À época, a corte veio a sentenciar que, as pessoas de origem africana, assim como seus descendentes, não estariam sujeitas às garantias legais estipuladas aos demais indivíduos, estes considerados cidadãos para os efeitos legais.

Os anos seguinte foram marcados por inúmeras disputas, as quais tiveram como estopim a decisão acima mencionada. A guerra civil, entre os estados do Norte, abolicionistas e liderados pelo então presidente Abraham Lincoln, e os estados do Sul,

de tendências conservadoras, eclodiu em 1861, e perdurou até o ano de 1865. O fim da guerra, e a conseqüente abolição imediata do sistema escravocrata, não resultou na cessação dos problemas relativos à segregação racial, mas resultou no aparecimento, sobretudo nos estados antiabolicionistas, de tentativas de se implementar medidas de segregação, assim como de movimentos pela primazia da raça branca.

Conforme Leandro Karnal, acerca do período pós-guerra civil norte-americano:

Leis de segregação racial haviam feito breve aparição durante a reconstrução, mas desapareceram até 1868. Ressurgiram no governo de Grant, a começar pelo Tennessee, em 1870: lá, os sulistas brancos promulgaram leis contra o casamento inter-racial. Cinco anos mais tarde, o Tennessee adotou a primeira Lei Jim Crow e o resto do sul o seguiu rapidamente. O termo “Jim Crow”, nascido de uma música popular, referia-se a toda lei que segue o princípio “separados, mas iguais”, estabelecendo afastamento entre negros e brancos nos trens, estações ferroviárias, cais, hotéis, barbearias, restaurantes, teatros, entre outros. Em 1885, a maior parte das escolas sulistas também foram divididas em instituições para brancos e outras para negros. Houve “leis Jim Crow” por todo o sul (KARNAL,2010, p.31).

Ao contrário da premissa assecuratória a qual o direito tem por base no cenário democrático e contemporâneo, tal caso inicial veio a assegurar os interesses das parcelas conservadores da sociedade na época, manifestamente antiabolicionistas. Os fatores sociais daquele tempo, sobretudo os econômicos, relativos a produção agropecuária e agrícola do país, tinham como fomento a utilização da mão de obra escrava para baratear as suas produções, assim como ocorria durante o período escravocrata brasileiro. Assim, tem-se por notável a influência exercida pelo contexto sócio-econômico da época nas decisões da suprema corte.

Em 1896, consubstanciando o entendimento propagado pela política de segregação racial, sobretudo pelos estados do sul do país, denominadas de “*Jim Crow laws*”, a corte suprema norte americana veio a confirmar a punição imposta ao cidadão que “ousou” sentar em um assento no trem, destinado a passageiros brancos. A ideia era pautada na expressão “iguais, mas separados”, onde se buscava uma separação de fato, porquanto a locais de uso comum, como clubes, ônibus e trens. Situação semelhante veio a ser vivenciada no século seguinte na África do Sul, durante o regime do apartheid. Esse entendimento, emanado pelo mais alto órgão do poder judiciário dos Estados Unidos, e firmado no caso conhecido como *Plessy vs. Ferguson*, vigorou por mais de cinquenta anos, vindo a ser revogado somente em 1954, no caso *Brown v. Board of Education*.

Posteriormente, no início do século XX, mais precisamente em 1905, é iniciada uma fase denominada de “Era Lochner”, a qual se estendeu até 1937, e caracterizou-se como um período em que a suprema corte dos Estados Unidos atuou de forma a suprimir direitos inerentes a própria subsistência dos cidadãos, em especial o trabalhador. O período teve como marco inicial uma ação proposta por um padeiro de Nova Iorque, em face do estatuto do próprio estado, cuja legislação trabalhista previa uma jornada diária de dez horas, e sessenta semanais. Assim, a corte suprema veio a declarar a invalidade do documento legislativo, submetendo assim, os trabalhadores a uma jornada mais árdua de trabalhos diários (NETO, 2014).

Portanto, ao analisarmos a decisão proferida no caso *Lochner*, visualizamos, primeiramente, o forte elemento político inerente à época: a influência do liberalismo, e a sua premissa de defesa das liberdades contratuais, tendo em vista a declaração de que o estatuto não se aplicaria à relação privada.

Ademais, tem-se um marco quanto à interferência judicial em face das políticas legislativas, ao impedir que o estado de Nova Iorque viesse a legislar sobre matéria trabalhista concernente a jornada diária de trabalho.

Os casos ora em análise, em que pesem as medidas de cunho negativo, porquanto as garantias fundamentais inerentes aos seres humanos, podem servir de base para importantes reflexões acerca da atuação judicial como protagonista da ordem social, e a sua interação perante os demais poderes da república: o executivo e legislativo.

Ao decorrer das décadas seguintes, o instituto começou a adquirir uma faceta de atuação em prol das melhorias sociais. 1954: *Brown v. Board of Education*. Com amparo na premissa constitucional da isonomia entre os cidadãos e, elevando o direito a educação ao seu devido patamar de importância social, a suprema corte daquele país veio a declarar inconstitucional o entendimento firmado ainda em 1896, que instituía a segregação racial nas escolas públicas. Portanto, tal julgamento foi paradigmático na medida em que o poder judiciário veio a atuar de forma proativa perante a sociedade, produzindo grande repercussão, e de certa forma vindo a realizar funções cujas atribuições originárias eram do poder legislativo (KLUGER, 2011).

Ano de 1973. Sharron Frontiero, tenente da força aérea americana, vem a requerer perante o estado, um benefício médico em favor do seu marido, seu dependente financeiro à época. Porém, ao contrário do que a previsão legal instituía aos

homens, as mulheres deveriam comprovar a situação de dependência daqueles. Assim, tal fato originou o famoso caso *Richardson v. Frontiero*, 1973, emblemático no tocante a garantia dos direitos das mulheres naquele país.

Partindo-se da observância dos casos aqui mencionados, nos salta aos olhos as fortes influências externas as quais o intérprete do direito sofre, e assim modifica a sua aplicação ao longo dos tempos. Os elementos influenciadores são os mais diversos, sociais, econômicos, mas sempre ligados ao contexto histórico vivido em determinada época.

Durante o final de década de 1980 o Brasil vivenciou o período de redemocratização das suas instituições, sobretudo do poder judiciário. Em 1988 teve sua nova constituição promulgada, assim como as garantias econômicas, e sobretudo as sociais nela presentes. Sob a influência de uma série de normas programáticas, a exemplo do artigo 3º, em que se pese traz garantias fundamentais, como a saúde e a igualdade material entre as pessoas, encontra entraves quanto à sua realização, pelo modo que o legislador não se atinou quanto à capacidade financeira do ente público, e a sua consequente capacidade de concretizar tais direitos.

A democracia não só garantiu o pleno acesso, pelos cidadãos, ao poder judiciário, mas sobretudo o colocou como protagonista e garantidor do sistema constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal teve sua condição de guardião, assim como ente encarregado de garantir os preceitos da carta maior, elevado.

Os dois países, apesar de apresentarem contextos sociais que, de certo modo quanto a igualdade dos cidadãos, se assemelha, possui uma história democrática, um contexto social e conseqüentemente jurídico diverso. O modo como o sistema constitucional americano vem a influenciar o brasileiro, a análise acerca dos casos e suas problemáticas acima narradas merecem reflexões.

Como bem observa Clarissa Tassinari:

Como é possível perceber, nos Estados Unidos, país onde surgiram as primeiras reflexões sobre este tema, a discussão a respeito do ativismo judicial é realizada desde 1803, ou seja, há pelo menos dois séculos que a doutrina norte-americana vem enfrentando tal problemática. O contexto brasileiro, todavia, apresenta um diferencial a respeito disso, pois o crescimento e a intensidade da participação do Judiciário, no Brasil, apenas ocorreu a partir da Constituição de 1988 (TASSINARI,2011, p. 31).

Como demonstrado, o desenvolvimento da posição ativista do poder judiciário veio a se estabelecer, no sistema brasileiro, a partir da promulgação da constituição federal em 1988, e a conseqüente entrada no regime democrático. Assim, tem-se um instituto que em território nacional não teve uma discussão acadêmica tão aprofundada.

Ao analisarmos a experiência norte-americana, a qual influenciou diretamente o sistema brasileiro, constatamos diferenças substanciais em sua formação, porém laços importantes de conexão, como a atividade política desempenhada pelo poder judiciário em ambos os países.

Conforme a análise dos casos anteriormente trazidos, constatamos que a evolução das ideias contidas nas decisões judiciais corresponde aos próprios anseios econômicos e políticos das classes dominantes de cada época. Conforme a experiência americana se desenvolve, dos primórdios do século XX até meados do século XXI, é nítida a influência das ideias do liberalismo econômico, predominante à época. No decorrer do século, sobretudo a partir da década de 1950, os reflexos do desenvolvimento do estado social começam a prosperar, sobretudo em virtude das duas guerras mundiais.

De modo contrário, a participação institucional do poder judiciário brasileiro se deu a partir de uma constituição de cunho social, cujas premissas fundamentais se baseiam na dignidade da pessoa humana. Assim, o instituto surge como uma forma de resolver os problemas sociais brasileiros, de modo a se confundir com a própria atividade política do estado. As garantias constitucionais, e o conseqüente deslinde do desenvolvimento do estado brasileiro estaria condicionado a atuação do poder judiciário, muito em virtude de uma falta de credibilidade concedida pelos demais poderes constituintes da república.

Esse contexto, de envolvimento entre o judiciário e os outros poderes, seja na experiência norte americana, ou na brasileira, vem a delimitar o objeto estudo da atuação do magistrado perante a sociedade.

2.2 O ativismo judicial no Brasil

O ponto de partida quanto ao desenvolvimento do instituto veio a ser a Constituição Federal de 1988. Conforme salienta Luís Roberto Barroso, a própria redemocratização, instituída na Carta Maior, após o período do regime militar, foi a primeira grande causa da judicialização do sistema brasileiro. Em seu primeiro artigo, ao elencar os seus fundamentos, a Carta Maior dispõe de forma clara, não só a suas características de garantidora acerca da dignidade da pessoa humana, como também ao próprio pluralismo político, cuja influência é atribuída a própria época da feitura pela assembleia constituinte (BARROSO, 2012).

A ideia da dignidade da pessoa humana vem a englobar os direitos e garantias fundamentais inerentes à vida e à personalidade de cada ser humano. Ao indivíduo passa a ser indispensável a garantia quanto às suas condições físicas e psicológicas, vindo assim a se constituir um mínimo invulnerável, que o presente estado democrático de direito tem o condão de assegurar e, excepcionalmente, vir a efetuar limitações, tendo em vista não existir princípio, mesmo que fundamental, como a saúde ou a própria vida, o qual tenha caráter absoluto.

Com brevidade, Alexandre de Moraes ressalta o direito à vida e esta relação perante o Estado brasileiro, ao firmar que a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2014, p.728).

Desta feita, o instituto do ativismo judicial tendo em vista o processo de instituição do sistema democrático, pós-ditadura militar, e as garantias previstas na constituição, vieram a assegurar uma ampliação quanto à atuação do poder judiciário, em virtude do maior acesso pelos particulares em decorrência dos princípios instituídos. Conseqüentemente, os órgãos essenciais à justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, passaram a ter sua importância ressaltada, além da própria esfera de atuação, seja como participe ou fiscal da lei quanto ao primeiro, seja como assistente e promotor do acesso à justiça porquanto ao segundo.

Os tribunais passaram a exercer funções anteriormente desempenhadas pelos outros órgãos do sistema republicano. Esse fenômeno vem a ser elencado pela doutrina constitucionalista como uma constitucionalização abrangente do sistema judiciário, muito em virtude de um poder legislativo omissivo em exercer suas funções, as

quais podemos suscitar as fundamentais, como a formulação de políticas públicas que, se realizadas de forma a dar primazia pelo princípio da eficiência esculpido no artigo 37 da carta maior, sanariam problemas atribuídos ao próprio mínimo existencial dos cidadãos nacionais, como o direito a saúde.

Conforme a tendência seguida pelas constituições a nível mundial, sobretudo nos períodos posteriores a regimes ditatoriais, a exemplo da constituição portuguesa (1976) e a espanhola (1978), a Carta Maior brasileira de 1988, em seu bojo de disposições, vem a instituir matérias que, anteriormente eram deixadas a cargo do legislador ordinário, ressaltando assim uma nítida desconfiança em face do poder legislativo. Assim, na medida em que uma norma constitucional vem a dispor acerca de um direito, qualquer que seja a sua finalidade, ela vem a ensejar uma pretensão jurídica do particular em face da administração pública.

2.2.1 O Supremo Tribunal Federal ativista: A evolução de sua atuação como garantidor de direitos fundamentais

Em sede do RE 566471, o estado do Rio Grande do Norte veio a impugnar o acórdão proferido pelo tribunal do respectivo estado, onde este proferiu decisão em prol da concessão do medicamento *Sildenafil 50 mg*, considerado de alto custo aos cofres públicos. Em sua argumentação, a procuradoria do estado trouxe, além da problemática relacionada ao custeio necessário ao fornecimento da medicação e sua capacidade de vir a prejudicar o sistema de saúde como um todo, a falta de previsão e registro da medicação no órgão governamental responsável. O órgão colegiado do estado, de forma contrária a tese trazida pela defesa estadual, ponderou em prol da imprescindibilidade de utilização pelo paciente, assim como pela impossibilidade do seu custeio, tendo em vista tratar-se de pessoa que carece de recursos financeiros.

As alegações trazidas pela procuradoria do estado, em que se pese no tocante à violação das reservas orçamentárias, respeito ao princípio da reserva do possível e a impossibilidade de garantia de direitos aos demais cidadãos, em virtude de uma concessão emanada pelo poder judiciário, levantam circunstâncias de ordem de princípios constitucionais, assim como em torno das competências dos poderes da república.

O Relator, Min. Marco Aurélio Melo, realizou tais indagações, as quais vieram a pautar a argumentação do seu voto. Em suas palavras:

Os fundamentos do acórdão recorrido e as razões do extraordinário revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza: teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? (STF, 2013, pág. 10).

Desta maneira, partindo da análise doutrinária do professor Ricardo Lobo Torres, o ministro vincula o direito à saúde como conexo a dignidade humana, de modo que o princípio do mínimo existencial deve vir a ser observado porquanto a análise das objeções apontadas pela defesa do estado do Rio Grande do Norte. Complementado, ao passo em que tais direitos venham a se encontrar sob ameaça, nos termos do presente caso, seriam plenamente passíveis de judicialização.

É cediço que o acesso aos serviços de saúde está atrelado a feitura e organização das políticas públicas para tanto, não cabendo ao judiciário a sua formulação e organização, no tocante ao mérito, mas sim a capacidade de tutelar a sua implementação. Assim, o Min, vem a trazer a característica de imponderabilidade do princípio do mínimo existencial em frente a casos de sua violação, mesmo sob os argumentos de incapacidade no âmbito administrativo, violação da separação dos poderes ou mesmo pela invocação da clausula da reserva do possível. Em suas palavras, Marco Aurélio Melo trata das objeções:

Objeções de cunho administrativo, de primazia da expertise da Administração Pública, não podem subsistir ante violações ao mínimo existencial. Argumentos, genéricos, ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes não possuem sentido prático em face de casos de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável (STF, 2013, pág. 12).

E completa, de forma a analisar, e negar a possibilidade de argumentação em prol da aplicação do princípio da reserva do possível ao caso concreto:

A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar. Mesmo um autor como Ricardo Lobo Torres, que prestigia enfaticamente o processo democrático e as escolhas orçamentárias como os meios legítimos para realização dos direitos sociais, entende viável a judicialização das alocações orçamentárias, se destinada à satisfação do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos sociais. A dimensão objetiva dos direitos sociais, incluído o à saúde, deve ser realizada por meio de políticas públicas e orçamentárias, a cargo do Legislativo e do Executivo, relativas à universalização e racionalidade das prestações estatais positivas. Todavia, revelada a dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária (STF, 2012, pág. 13).

Contudo, importante passagem do voto do ministro relator guarda respeito com a delimitação do mencionado princípio do mínimo existencial conforme o caso concreto ora em análise. Como é sabido, nenhum princípio, até mesmo na orbita constitucional, tem a natureza de ser absoluto, de modo que a imposição de limites e contrapesos muitas vezes vem a se tornar necessária. A imprescindibilidade da concessão do medicamento, quanto a concretização do direito à saúde, assim como a impossibilidade financeira do paciente, ora solicitante, de vir a arcar com os custos sem que isto comprometa a sua capacidade de viver dentro de um padrão mínimo de dignidade.

No dia 29 de novembro de 2016, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Habeas Corpus nº 124.306, determinou que a interrupção da gravidez até o terceiro mês, ou seja, a realização de uma ação tipificada no código penal, o aborto, passaria a sofrer uma relativização. De forma sintetizada, o relator Min. Luís Roberto Barroso afirmou que a relativização do aborto estaria baseada em duas perspectivas: O contexto social e a concretude de cada caso.

Nos termos da primeira, ressaltou a vulnerabilidade das mulheres pertencentes as classes mais vulneráveis economicamente, tendo em vista que essas pessoas não teriam condições de frequentar clínicas particulares, ante a falta de atendimento adequado na rede pública de saúde, o que acarretaria um alto número de mutilações.

Assim, o ministro ressaltou em seu voto acerca da ineficácia legal, de modo a ensejar mais malefícios do que benefícios:

A criminalização viola o princípio da proporcionalidade por não proteger devidamente a vida do feto ou impactar o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro. A medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (STF, 2010, pág. 18).

Ademais, o ministro exaltou em seu voto a autonomia da vontade do ser, especificamente da mulher no que diz respeito as escolhas inerentes ao seu corpo, assim como a necessária preservação da condição psíquica da gestante.

Recurso Extraordinário nº 566471. 2016. Recurso atualmente suspenso, por decisão do ministro Luís Roberto Barroso, mas que volta a suscitar a problemática existente entre o mínimo existencial, vinculado a dignidade da pessoa humana, cerne do direito à saúde, e a capacidade financeira do Estado vir a arcar com tais despesas. Os argumentos iniciais, sustentaram a base do único voto proferido até o momento, em que o ministro Marco Aurélio Melo colocou a saúde, elemento indispensável a própria vida, como um dever do estado, assim não havendo possibilidade de recusa por fatores diversos.

Uma senhora idosa e carente acionou o poder judiciário, em virtude da negativa do estado do Rio do Grande do Norte em fornecer medicação por ela requerida, sob a alegação da falta de recursos financeiros, assim como a não previsão do remédio na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), agencia reguladora cujas atribuições desenvolvidas envolvem a regulamentação do comércio e distribuição de medicamentos no território brasileiro.

Tomando como base a argumentação principal de que a prestação do direito à saúde, porquanto a coletividade, não pode ser prejudicado em detrimento de um indivíduo, o procurador geral do Rio Grande do Norte completou utilizando-se da alegação acerca da competência, para qual cada ente federado dispõe, acerca do fornecimento dos fármacos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Assim, cada ente da administração pública teria competência, conforme a sua capacidade orçamentária cuja estipulação se efetua de maneira prévia, a fornecer um valor limite no tocante aos remédios. Como forma prejudicial a atuação financeira do ente público, essa divisão não estaria sendo respeitada, conforme o representante do Estado, tendo em vista requerimentos aos municípios ou ao estado, de medicamentos

cuja competência seria da União. Isto estaria causando um desequilíbrio financeiro nas localidades obrigadas a fornecer em virtude de decisões judiciais favoráveis.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, assim como do poder judiciário de forma englobada, vem a ser diretamente influenciada por fatores políticos que cerceiam a sua época de atuação. A Constituição Federal, cujo reflexo ao longo da história, no tocante a sua matéria, se deu na corte suprema, reflete os fatos da vida política do país, seja quanto a uma perspectiva de garantir direitos, ou quando diante de situação aonde sua própria atuação se torna acuada em virtude do poder político dominante.

Leonardo André Paixão, ao discorrer acerca da função política do STF, faz um desenvolvimento acerca das fases da corte suprema, e o modo como as situações políticas de cada época influenciam as decisões proferidas pela corte. Partindo da República Velha (1889-1930), até o atual momento, denominado de Nova República (desde 1985), o autor ressalta:

Como o presente trabalho aborda a função política desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal – e o faz a partir do exame da jurisprudência produzida, que de algum modo reflete a história política republicana – não seria descabida a adoção de qualquer uma das periodizações acima referidas (PAIXAO, 2007, p. 114).

Assim, conforme a constatação de que a constituição de cada época, ao tempo em que retrata o cenário político nacional referente, impõem uma percepção jurídica de aplicação ao próprio poder judiciário. Portanto, temos uma evolução histórica, porquanto ao entendimento da corte, em virtude das mudanças da lei fundamental, cuja disposição rege a forma de conduta social e institucional presente no país.

Destaca-se, em contrapartida as atuais premissas constitucionais, a capacidade de atuação do tribunal durante o período do regime militar. Conforme a instauração do regime, após 1964, houve uma profunda intervenção do poder executivo em face dos demais poderes da república, em especial no judiciário. As disposições protetivas acerca dos direitos fundamentais foram reduzidas, subvencionadas a pretextos de segurança nacional. Posteriormente, conforme as edições dos atos institucionais, sequencialmente o 2º e 5º, confirmou-se, definitivamente, a submissão da corte suprema perante o poder executivo federal.

Portanto, a história recente nos mostra um órgão cujas funções, apesar de determinantes porquanto a vida social do país, se encontrou atrelado, seja como agente

ou paciente, às mudanças e efeitos políticos que ocorreram constantemente no país. Assim, tomando como base as premissas institucionalizadas na constituição de 1988, tem-se como fundamental a existência de uma corte superior que seja institucionalmente forte, porquanto as instabilidades da vida política nacional, tendo em vista a sua função primordial de guardião da constituição.

2.3 O conceito de ativismo judicial

Importante diferenciação se faz pertinente quanto ao ativismo judicial e a judicialização. Este último vem a ser definido como um fenômeno decorrente do próprio modelo constitucional instituído a partir de 1988, ou seja, o juiz, representante do poder judiciário, não exerce seu poder político de forma deliberada, posto que não lhe cabe alternativa quanto à necessidade de julgar as demandas a ele submetidas.

O ponto de partida necessário, quanto à análise da atuação do poder judiciário, se faz a partir da observância porquanto à judicialização da vida pública nacional. A justiça brasileira, com o advento da Constituição de 1988, vem a ganhar espaço protagonista, ao passo em que sua prestação de serviços públicos se torna deficitária, em virtude da imensa carga processual a qual passa a ser submetida. Assim, em que se pese o aumento de suas atribuições, tendo em vista as grandes questões nacionais as quais lhe são submetidas, encontra-se, do outro lado, a questão gravíssima relativa a gestão do aparato judicial, seja no que tange a questão *inter* processual, porquanto ao gerenciamento do processo, ou mesmo da própria problemática administrativa do órgão público.

A nova constitucional ampliou consideravelmente os mecanismos e instrumentalização de direitos fundamentais, como a liberdade individual, garantia de igualdade material, direito a propriedade e redistribuição de renda e o acesso à saúde pública. Assim, houve uma verdadeira outorga à justiça da tarefa de garantir tais medidas.

Tendo em vista a abrangência trazida pela Carta Maior de 1988 ao poder judiciário, Marcos Paulo Verissimo expõe:

À justiça, e aos órgãos que a cercam, a Constituição de 1988 dedicou diretamente 44 de seus 250 artigos, isso sem falar nas referências indiretas, espalhadas por todo o texto constitucional.¹⁵ Criaram-se também, por força da nova Carta, cinco novos tribunais de apelação em nível federal (os Tribunais Regionais Federais), além de um novo tribunal de sobreposição em matéria infraconstitucional (o Superior Tribunal de Justiça), destinado a absorver parte das competências antes atribuídas ao Supremo Tribunal Federal (VERISSIMO, 2008, pág. 21).

O termo vem a representar um alargamento da atuação jurisdicional perante os demais poderes constituídos, legislativo e executivo, posto que várias questões de grande importância nacional passaram a ser objeto de análise do poder judiciário. Luís Roberto Barroso traz três perspectivas justificadoras acerca da ocorrência de tal fenômeno:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2012, p. 12).

A ideia do ativismo judicial está propriamente ligada a postura exercida pelo magistrado, de forma proativa e ampliativa, como forma de garantir as disposições fundamentais emanadas pela constituição federal. Deste modo, tem-se um fenômeno que intervém nas competências originárias dos outros poderes da república, em especial o poder legislativo. Seja pelo não satisfação dos anseios sociais, decorrente da imensa mutabilidade a qual nós vivemos, ou pela falta de capacidade técnica dos representantes eleitos pelo povo, o poder judiciário vem adotando uma postura legiferante, na medida em que suas decisões possuem ampla aplicabilidade, assim como um amplo poder de controle acerca das leis e atos normativos produzidos pelos demais poderes.

Luís Roberto Barroso, discorre acerca das formas pelas quais se manifesta o ativismo judicial, e como esse modo de atuação se relaciona com os demais poderes:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p.7).

O poder judiciário brasileiro tem se mostrado bastante ativista recentemente. São várias as decisões as quais há uma nítida interferência na atuação dos demais poderes. Apesar de não haver a vinculação do poder legislativo, diante das decisões

emanadas pelo poder judiciário, as políticas públicas, e a forma perante a qual os agentes públicos devem atuar, demonstram um reflexo inegável da atuação proativa dos tribunais.

A distribuição de medicamentos pelos entes federados é uma das matérias mais polêmicas no âmbito da administração pública. A condenação destes, inclusive solidariamente, porquanto ao custeio destes tratamentos, vem se multiplicando largamente, seja na esfera da justiça federal ou estadual, restando ainda um maior aprofundamento analítico da matéria pelo STF.

2.4 O ativismo judicial e a concretização de políticas públicas: Uma violação à separação de poderes?

Ao adentrarmos no fenômeno da judicialização, verificamos, logo à primeira vista, uma transferência porquanto a concretização de políticas públicas que, outrora se concentravam nas instâncias tradicionais da administração pública, seja pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, e agora estabelece o poder judiciário como alternativa substitutiva na resolução das questões sociais. Assim, essa transferência de poder para os tribunais e juízes, em que pese as suas múltiplas origens justificadoras, faz surgir a dúvida acerca das funções realizadas pelos poderes da República.

Lênio Streck, sustentando-se na teoria procedimentalista capitaneada por Habermas, critica veemente a invasão do direito na esfera política da sociedade, o que o autor denomina de gigantismo do poder judiciário. O autor prossegue, onde afirma ser uma herança da postura judicial ao longo do período ditatorial, em que dentro de um sistema autoritário, o qual a administração pública restava inerte quanto à realização das políticas sociais, o judiciário de desdobrava dentro da seara interpretativa do direito para concretizá-los.

Em suas palavras, fazendo menção entre a atuação antes e pós o período 1988:

Os juízes, que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio (STRECK, 2013, pág. 67).

Desta maneira, o autor traz a perspectiva de uma invasão das atribuições constitucionais atreladas aos poderes, de modo que o poder judiciário passaria a realizar as funções típicas do poder legislativo, qual seja, a de legislar, de inovar no ordenamento jurídico.

As objeções ao ativismo judicial, assim como a judicialização da justiça são discorridas de forma precisa pela doutrina nacional. Seguindo o pensamento de Luís Roberto Barroso, em que pese ser um entusiasta da posição ativista desempenhada pelo poder judiciário, existem três graves problemáticas percebidas a partir da instauração de tais institutos.

Primeiramente, haveria uma violação da própria democracia, haja vista que os chefes dos poderes executivos, assim como os membros do Congresso Nacional são eleitos pelo voto popular, de toda uma sociedade engajada pelo viés político. Assim, decisões emanadas por tribunais ou mesmo juízes singulares, não eleitos pelo povo, viriam a violar a soberania popular.

Assim, o autor afirma:

Os membros do Poder Judiciário — juízes, desembargadores e ministros — não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República — sufragado por mais de 40 milhões de votos — ou do Congresso — cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular — é identificada na teoria constitucional como dificuldade contra majoritária (BARROSO, 2012, p. 16).

O direito positivado, tendo em vista que deriva da Constituição Federal assim como as demais normas infraconstitucionais postas, tem uma parcela de política em si inserida. Tal parcela de política decorre da própria soberania popular, a qual elege seus representantes, e estes, de forma indireta, realizam as vontades da sociedade. Assim como o magistrado, ao passo que apesar da necessária imparcialidade, não é um ser neutro, carrega suas convicções e ideologias de vida quando da análise do direito positivado, em sua atividade interpretativa.

Barroso, tratando do viés natural da política contida na feitura e aplicação do direito afirma:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente (BARROSO, 2012, pág. 18).

A questão a ensejar críticas quanto à seara do ativismo judicial guarda relação com a politização do direito. De forma diversa a trazida a respeito da presença natural de elementos políticos na seara jurídica, a politização vem a se caracterizar como a interferência direta de elementos externos ao direito, como questões partidarizadas. Assim, decisões baseadas em uma discricionariedade, a partir favorecimentos específicos, ensejaria uma violação ao próprio sistema constitucional.

Consoante tal entendimento, importante se faz o entendimento trazido pelo constitucionalista alemão Carl Schmitt, na época em que realizara debates ideológicos com Hans Kelsen acerca da instauração do Tribunal Constitucional Alemão, e a definição acerca dos responsáveis por realizar a guarda da constituição daquele país. Schmitt, à época, já via com pessimismo a existência de uma jurisdição constitucional, de modo que esta seria contaminada pelos interesses partidários e pessoais de terceiros, ou seja, a ocorrência da judicialização da política. (BARROSO, 2012).

Os limites e a capacidade institucional do poder judiciário, dentro de um modelo constitucional caracterizado pelo regime de separação dos poderes, o qual é amplamente adotado na maioria das constituições democráticas do mundo, vem a merecer observância especial.

O sistema nacional se baseia numa especial de contrapesos, em que os poderes instituídos pelo constituinte originário (Legislativo, Executivo e Judiciário), realizam controles recíprocos em suas atribuições. Na medida de tais prerrogativas, o poder judiciário tem a palavra final no que tange a interpretação normativa, assim como suas decisões são caracterizadas pela estabilidade. Entretanto, essas características não podem vir a justificar intervenções arbitrárias, assim como uma análise generalizada das matérias.

Tomando como base essa perspectiva de atuações recíprocas, a doutrina nacional desenvolveu ideias quanto a desenvoltura institucional dos poderes. Primeiramente, tratando-se de uma maior especialidade e habilidade quanto a resolução, denominou-se a Capacidade Institucional, conceituada conforme a doutrina:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízes discricionários dotados de razoabilidade (BARROSO, 2012, pág. 21).

Portanto, não seria recomendável ao exercício da atividade jurisdicional a atuação que abarcasse matérias fora da orbita de especialidade e habilidades técnicas para a sua concretização.

Ademais, a doutrina traz à tona a ideia dos efeitos sistêmicos indesejados. O juiz, quando na atuação perante o caso concreto, denominado de micro justiça, atua dentro dos seus limites vocacionais e profissionais, em busca da realização da justiça. Porém, o mesmo não se atém aos efeitos provocados por tais decisões no contexto externo ao caso individualizado, de modo que decisões desastrosas podem vir a pôr em risco o desenvolvimento da administração pública, ordem econômica e a efetiva prestação dos serviços públicos. Quanto ao direito à saúde, a doutrina traz as perspectivas acerca da matéria tratada:

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos (BARROSO, 2009, pág. 34).

Portanto, apesar da possibilidade quanto a intervenção pelo poder judiciário, a sua realização deve ser exercida de modo criterioso, dentro de sua auto-observação institucional de capacidades e habilidades para a concretização de políticas públicas.

3. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da reserva do possível e a sua conseqüente utilização vem a se mostrar como um dos temas fundamentais a serem estudados e compreendidos dentro da seara de possibilidades do direito público, tendo em vista sua característica em prover ou mesmo negar a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, o presente capítulo deste trabalho aborda a teoria da reserva do possível, passando por sua origem e desenvolvimento, ocorridos na Alemanha durante meados do século XX, e sua conseqüente incorporação à estrutura jurídica brasileira. A sua incidência, críticas trazidas pela doutrina e a sua correlação com os direitos e princípios fundamentais serão igualmente trabalhados.

Ademais, partindo-se da ideia de que nenhum princípio, no ordenamento jurídico pátrio, tem natureza absoluta, analisaremos a problemática relativa à ponderação de princípios no sistema jurídico brasileiro.

3.1 Conceito da teoria da reserva do possível

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, tem como alegação pertinente a impossibilidade do estado em realizar atos prestacionais, portanto, o princípio da reserva do possível orçamentária guarda estreita ligação com as ciências econômicas e conseqüentemente com o direito financeiro. Assim, segundo a teoria, a possibilidade do estado em prestar direitos fundamentais está adstrita à sua capacidade para tanto, cujo parâmetro advém do orçamento público.

De fato, parte da doutrina constitucional brasileira, influenciada pela alemã, afirma ser a teoria da reserva do possível um dos principais limites à efetivação dos direitos fundamentais sociais, como a saúde. Portanto, diante da ação positiva do estado em prestar serviços e materiais, estaria a problemática dos recursos financeiros, necessários à efetivação desses direitos, colocando em risco a capacidade prestacional do poder público.

Não há consenso, na doutrina brasileira, quanto ao conceito e a natureza jurídica do respectivo instituto, havendo, portanto, divergências quanto a quem considere tratar de uma limitação externa ao direito e os que afirmam ser uma condicionante da própria existência daquele, ou seja, a escassez orçamentária inviabilizaria a própria existência do direito de modo a ser integrante a este.

Flavio Gaudino, ao se posicionar conforme a segunda corrente doutrinária, expõe:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (GAUDINO, 2005, p.64).

De modo contrário, há os que afirmam ser uma condicionante externa aos direitos fundamentais, seja de modo a limitá-lo ou mesmo garanti-lo.

Ingo Sarlet expõe da seguinte forma:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2001, p.89).

De fato, partindo-se de uma análise estrutural e conceitual dos ditos direitos fundamentais, não nos parece razoável uma perspectiva de que os mesmos se constituam, dentro de uma perspectiva material de formação, ou seja, do seu conteúdo, de elementos econômicos inerentes a sua própria efetivação.

Primeiramente, para a sua conceituação se faz necessária uma análise perante o próprio texto constitucional em vigor, de modo a analisar a essencialidade a qual foi conferida pelo legislador constituinte que, no caso brasileiro, se faz de forma abrangente. Ademais, dentro da conceituação formulada por Robert Alexy, não haveria uma esfera de disponibilidade, pelos poderes constituídos, acerca dos direitos fundamentais, de modo que tal concepção não atinge o aspecto material destes direitos, mas também a sua perspectiva formal, ou seja, a sua intangibilidade quanto às ideias que visem lhe suprimir (ALEXY, 2008).

3.2 Origem da teoria da reserva do possível

No âmbito da discussão jurisprudencial, assim como doutrina acerca da efetivação dos direitos fundamentais, a Teoria da Reserva do Possível vem a ser um dos pontos essenciais em tal debate. De igual maneira, a Teoria dos Custos, oriunda do direito norte-americano, e proposta por Holmes e Susteim vêm sendo utilizada como argumentação pertinente a mesma temática. Assim, se faz necessária uma breve diferenciação entre tais institutos, ao final, de modo a esclarecer o objeto do nosso trabalho.

A teoria tem origem alemã, e sua primeira aparição se deu na década de 1960, perante a suprema corte daquele país, no célebre caso “*Numerus Clausus*”. A demanda judicial objeto da análise, partiu de estudantes que pretendiam ingressar no curso de medicina nas universidades de Munique e Hamburgo, e se viram diante da impossibilidade de ingressar nas instituições de ensino superior em virtude da indisponibilidade de vagas. Contudo, a argumentação utilizada pelos estudantes, com base no art. 12 da lei fundamental do país, a qual emanava o “direito de escolher livremente a profissão, local de trabalho e seu centro de formação” não prosperou, ante a sujeição à dita teoria da reserva do possível.

Conforme a fundamentação do tribunal, observamos peculiaridades importantes quanto à sua definição e conseqüente aplicação. O aumento do número de vagas e estaria sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Estar-se-á diante de uma noção de razoabilidade porquanto a sua concretização, e não somente a existência de recursos materiais.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar a decisão da suprema corte alemã:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o estado de recursos, e tendo o poder de disposição, não se pode falar na obrigação de prestar algo que não se mantenha no limite do razoável (SARLET, 2001, p.94).

Assim, dentro da ideia de razoabilidade, a corte alemã entendeu ser danoso aos demais direitos sociais a garantia pretendida pelos estudantes, tendo em vista a eminente desconsideração daqueles em prol de uma parcela privilegiada da comunidade. Em contraponto face às normas constitucionais relativas ao direito à educação,

argumentou o governo alemão que já havia políticas públicas inclusivas no tocante ao ensino superior no país. Os dados demonstrados à época eram convincentes, levando-se em conta, inclusive, que o período não era longínquo ao fim da 2ª Guerra Mundial. Em 15 anos, entre 1952 e 1967, o número de estudantes matriculados no primeiro ano nas universidades alemãs mais que dobrou, de 25.000 para 51.000.

Aliado a argumentação corroborada em dados, porquanto a atuação proativa do Estado, a corte alemã realizou uma ponderação entre a capacidade financeira do Estado, à época, e a possibilidade em ofertar vagas em cursos superiores, conforme o caso analisado. Ressalta-se, novamente, o art. 12 da lei fundamental daquele país a época, a qual considerava a escolha, e o conseqüente ingresso em um curso superior como um direito subjetivo fundamental dos indivíduos.

Fato que merece destaque, quanto ao óbice de aplicação da teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro é a previsão legislativa para tanto. A constituição alemã, em seu artigo 109, parágrafo 2º, dispõe acerca da atividade legislativa no tocante as ações orçamentárias desenvolvidas pelo Estado, e a sua mensuração em relação aos interesses da sociedade.

Conforme Ana Carolina Olsen, a corte constitucional entendeu também, que o legislador teria discricionariedade suficiente para decidir acerca da dimensão e necessidades prementes da ampliação das vagas (OLSEN, 2008).

Assim, constatamos a presença, de forma positivada da teoria da reserva do possível na carta constitucional alemã, e a exigência, em face dos legisladores, quanto à busca do equilíbrio econômico na realização de suas atividades. Tal fato diverge da realidade brasileira, que não trouxe, no bojo da carta maior de 1988, previsão expressa acerca da teoria do financeiramente possível, possibilitando assim um desenvolvimento diferente da mencionada teoria.

Parcela da doutrina nacional, ao analisar o contexto fático-social do Brasil em face da Alemanha, e os devidos pressupostos os quais ensejaram o surgimento, e conseqüente desenvolvimento da teoria, criticam a importação direta desta para o ordenamento jurídico brasileiro.

Andreas J. Krell, ao analisar as condições sociais do Brasil, principalmente no tocante a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, e compara-las às da Alemanha, defende ser inviável a aplicação da mencionada teoria.

Deste modo, explica:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc (KRELL, 2002, p.23).

Na obra “*The cost of rights*”, Holmes e Sustain abordam a denominada Teoria dos Custos, em que temos um ângulo diferente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais. A ideia central, no que tange a este modelo, quanto aos direitos prestacionais, vai além dos limites financeiros e orçamentários do estado, mas leva em consideração o retorno que tal financiamento irá proporcionar à coletividade a longo prazo (BITENCOURT, 2013).

Portanto, ao passo em que a reserva do possível, desenvolvida na conjuntura do direito alemão, tem como ideia central os limites do que seria razoável exigir do Estado, no âmbito da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria dos custos calcada no direito norte-americano aborda um aspecto essencialmente econômico, haja vista que nesse modelo, a garantia dos direitos sociais não é um dever imposto ao Estado liberal.

Ocorre que, em virtude da sua origem norte-americana, em que pese os Estados Unidos constituírem um Estado liberal e possuírem uma Constituição que preza pelo estado mínimo, não se tem como um dever estatal a efetiva concretização de um extenso rol de direitos fundamentais, como ocorre na realidade brasileiro. Assim, tem-se um sistema constitucional voltado primordialmente para a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, em especial a liberdade, do que para a proteção dos direitos sociais, de segunda geração, que de certo modo configuram uma restrição aos primeiros em prol de satisfazer a coletividade (BITENCOURT, 2013).

Tendo em vista o apresentado, necessário trazer um ponto essencial explanado na obra de Holmes e Sustain, qual seja, os custos dos direitos no que tange aos direitos sociais, bem como aos direitos individuais. Durante muitos anos foi entendimento

majoritário na doutrina a ideia de que somente os direitos de caráter prestacional, ou seja, direitos da segunda dimensão, geram custos e necessitam de reserva orçamentária. Ocorre que, muito embora isso seja verdade, também seja igualmente os direitos negativos, de primeira dimensão, ao passo que estes necessitam de recursos financeiros para se concretizarem (GALDINO, 2005).

Nesse sentido, resta pacificado atualmente que todos os direitos têm custos, e não apenas os direitos fundamentais sociais, como se pensava.

Portanto, dentro do contexto do direito brasileiro, a reserva do possível vem apresentando diversas variáveis, no que tange à concretização dos direitos fundamentais sociais. Parte da doutrina, acredita que essa teoria é suscitada, muitas vezes, como forma de limitar a efetividade dos direitos fundamentais, funcionando como verdadeira “desculpa” para o descumprimento de obrigações impostas ao Estado brasileiro pela Carta Maior de 1988 (BARRETO, 2003).

Ana Olsen faz elucidações mais pertinentes porquanto a problemática orçamentária, entendendo, desta maneira, estar a Teoria da Reserva do Possível diretamente ligada com a questão financeira e disponibilidade de recursos (OLSEN, 2008).

Sob outra perspectiva, alguns autores analisam a temática de forma mais ampla, alegando que a reserva do possível, embora muitas vezes invocada pela Poder Público como forma de se desvencilhar de seus compromissos, também é utilizada como meio garantidor da efetividade de outros direitos fundamentais (SARLET, 2010).

Portanto, observamos que a teoria da reserva do possível, conforme os posicionamentos doutrinários, e em que pese a reiterada utilização pela Corte Suprema do país, não encontra um conceito estabilizado no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a falta de profundidade pelo qual o tema foi tratado historicamente por aquele tribunal.

3.3 A teoria do mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível

É notável que o período pós Segunda Guerra Mundial acarretou mudanças significativas no cenário global no tocante aos direitos fundamentais, haja visto as violações ocorridas em tal período. A primeira concepção, de relevante importância no que tange a relação entre os direitos fundamentais atrelada à uma garantia material necessária à uma vida minimamente digna surgiu na Alemanha, no início da década de 1950. A própria doutrina desenvolvida naquele país, encabeçada por Otto Bachof, já

afirmava a estreita proximidade entre a garantia de uma vida digna e a segurança social, ao passo que sem os recursos materiais necessárias, esta restaria prejudicada. Assim, aquela deveria ser fundada sob uma perspectiva proativa de atuação estatal (SARLET, 2008, pág. 8).

Ao adentrarmos o caso brasileiro, em que pese não haver previsão expressa do texto constitucional de 1988, a garantia da existência digna advém do próprio artigo 170 da Carta Maior, dentre os princípios e objetivos da ordem econômica. Os direitos sociais vieram a abarcar em suas dimensões a perspectiva do mínimo existencial, configurando-se este, conforme parte da doutrina, como núcleo essencial aos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2008, pág. 9).

Ao se falar em custos de direitos, de imediato nos surge a ideia da teoria da reserva do possível, haja vista sua utilização pela jurisprudência brasileira, e a consequente conotação financeira a qual é lhe dada. Assim, caminhando de forma conjunta com a ideia de reserva do possível, como fato limitador à concretização dos direitos fundamentais sociais, tem-se o argumento do mínimo existencial. Tal instituto, conforme demonstrar-se-á, vem a guardar pertinente relação com a própria existência digna do ser humano, sob o mais amplo aspecto.

Assim, salutar demonstra-se a conceituação trazida por Ingo Wolfgang Sarlet acerca da conceituação da dignidade humana:

Dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2008, pág. 12).

Embora reconheça-se que o exercício dos direitos fundamentais tem limites, sendo assim, não é absoluto, há que se admitir que a sua restrição e sua restringibilidade têm limites, dentro de uma espécie de núcleo intangível, essencial a própria existência digna de cada ser humano. Assim, configura justamente a ideia de limite dos limites, conceituada por Robert Alexy, onde haveria um limite imposto à própria restrição dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 296).

Conforme Ana Paula de Barcellos, ao conceituar e analisar o núcleo essencial correspondente ao mínimo existencial à vida digna de todo ser humano:

O efeito pretendido pela dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora este efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade (BARCELLOS, 2011, pág. 24).

Ao adentrarmos a doutrina brasileira quanto ao conceito e formação do que seria o mínimo existencial, trazemos o posicionamento de Eurico Bitencourt Neto. O autor sustenta a necessária prestação mínima para uma existência digna, argumentando que tal ideia guarda relação com o estado de direito democrático e social. Assim, haveria a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar deste Estado, tendo em vista a previsão expressa no texto constitucional de direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, o autor defende que o Brasil, tendo em vista sua condição de Estado social, deve buscar garantir além do necessário para a sobrevivência dos seus cidadãos, buscando garantir uma vida digna e um bem-estar social, através da redução das desigualdades (BITENCOURT NETO, 2010).

Assim como a Teoria da Reserva do Possível, o mínimo existencial tem sua origem e desenvolvimento na Alemanha. Com o tempo, o Tribunal Constitucional alemão passou a reconhecer a necessidade de garantias e condições mínimas a serem ofertadas pelo Estado alemão, como forma de assegurar e preservar a dignidade da pessoa humana, culminando, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial (SARLET 2010, p. 21).

Portanto, ainda que não tenha se chegado a um conceito definitivo, restou evidente, no contexto do direito alemão, que a compreensão do que seria o mínimo existencial está muito além da mera existência e sobrevivência (KELBERT, 2011).

Nesse sentido, mostra-se salutar a premissa trazida por Ingo Sarlet, ao passo em que transcreve, com nitidez, sua fundamentação acerca do instituto com base na doutrina estrangeira:

Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. (SARLET, 2008, pág. 14).

A finalidade do princípio, consoante a doutrina constitucional, seria o auxílio, no que tange a realização de políticas públicas, na concretização de um conteúdo mínimo dos direitos sociais, em que, haja vista sua previsão na Constituição Federal, estabelecerá um vínculo com o legislador porquanto a sua realização, e conseqüente impossibilidade de atua de forma a restringi-los (QUEIROZ, 2006).

Assim, restaria necessário aos entes estatais uma maior atenção quanto à efetivação deste núcleo essencial, consoante o necessário conteúdo mínimo, com ações e projetos definidos, desde logo, no orçamento governamental. Esta prévia instituição, a partir de uma ação proativa do Estado, resguardaria os direitos básicos dos cidadãos, garantindo uma vida digna.

Tal núcleo mínimo, visando garantir a qualidade de vida da população, advém da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 que, em seu artigo 25, anuncia que todo ser humano tem o direito fundamental de ter acesso a um sistema eficaz, o qual venha a garantir o básico dentro da perspectiva dos direitos sociais como a saúde, educação e condições dignas de moradia e segurança.

Ademais, o mínimo existencial não se resume a apenas garantir ao ser humano um mínimo substancial, mas um mínimo de qualidade vida, que lhe permita viver com dignidade, tendo a oportunidade de exercer a sua liberdade no plano individual, perante si mesmo, e social, perante a comunidade onde se encontra inserido.

Consoante os entendimentos trazidos, torna-se evidente que a concepção de proteção ao indivíduo vai além da sua própria existência física, mas abarca, de forma conjunta, os elementos inerentes à uma existência digna. A ideia do estado democrático de direito guarda nítida relação com o instituto do mínimo existencial e a dignidade humana, em que pese o comprometimento em que aquele assume em prol de uma justiça social (HÄBERLE, 2003). Portanto, a garantia ao núcleo mínimo porquanto aos direitos sociais, assim como o estado democrático de direito, são premissas atreladas ao próprio sistema constitucional vigente.

Parte da doutrina entende que a própria democracia vem a ter fundamento na concretização dos direitos fundamentais, abarcando a dignidade humana como fundamentando à própria carta constitucional (TAVEIRA, MARÇAL, 2013). Assim, constatamos a submissão do estado brasileiro aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, ao passo em que as políticas públicas tornam-se os meios necessários à eficácia dos direitos fundamentais.

3.4 A teoria da reserva do possível e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Diante das perspectivas históricas quanto à origem e desenvolvimento, se faz necessário o estudo acerca de como os tribunais brasileiros vêm decidindo acerca da matéria. Assim, procurar-se-á descobrir como a questão da reserva do possível é enfrentada, em especial pela Suprema Corte do país, em que se pese a argumentação utilizada, e se a sua utilização vem se fazendo com base na escassez dos recursos financeiros disponíveis, ou se há um peso conforme os direitos fundamentais discutidos.

O RE 410715 Agr/SP tratou do direito fundamental à educação, em que o ministro relator a época, Min. Celso de Mello, tratando da questão pertinente quanto à concessão do acesso a pré-escola (creche) no âmbito municipal, tratou por afastar a incidência da teoria objeto do presente estudo. Conforme sua argumentação, a utilização da teoria da reserva do possível não poderia ser possível como forma de limitar ou restringir direitos “constitucionalmente previstos”, ante a essencialidade destes.

No julgado a seguir, cujo Ministro Gilmar Mendes foi o relator, tratou do pleito de suspensão de segurança nº 3.741, em virtude da decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Ceará, o qual havia determinado a concessão de uma medicação considerada custosa ao erário público. O município de Fortaleza adentrou com um pedido de suspensão da mencionada decisão, cuja alegação se pautou no risco de prejudicar a economia pública. Nestas circunstâncias, o Ministro primeiramente desenvolveu uma abordagem teórica e doutrinária acerca dos custos dos direitos e da reserva do possível, assim como do mínimo existencial e da eficácia das normas, decidindo pela manutenção do fornecimento de medicamentos. Analisando as peculiaridades do caso concreto, observa-se que a reserva do possível aparece, dentre outros

julgados, somente como possível limite à concretização dos direitos sociais, dando-se ênfase para a questão financeira (KELBERT, 2011).

Tratando igualmente da temática do fornecimento de medicamento, o pleito para suspender a tutela antecipada nº 198/MG foi de encontro à decisão proferida pelo Tribunal Federal da 1ª Região, o qual havia deferido parcialmente a tutela requerida para fornecimento do medicamento “Elaprase”, que geraria um custo anual aproximado de R\$ 2.600.000,00 (Dois milhões e seiscentos mil reais).

Nos termos do pedido, o Estado de Minas Gerais alegou, essencialmente, afronta ao princípio da reserva do possível, ante o alto valor a ser despendido para custear o medicamento. A decisão sobre o caso abordou temas interessantes, como o provável comprometimento do sistema como um todo, e a possível inviabilização de outros direitos se concretizarem, em razão do grande deslocamento de recursos para garantir a referida prestação. Assim, diferentemente da decisão anterior, este o julgado trouxe a reserva do possível para além de uma análise meramente econômica, abordando também o aspecto jurídico.

Portanto, em que pese tenha sido feita a análise supracitada, decidiu-se pela obrigação do ente estatal em fornecer o medicamento, pois, do contrário estar-se-ia ferindo os direitos à saúde e à vida da paciente, estes os quais poderiam ser irreparáveis (KELBERT, 2011).

De forma diametralmente oposta, vale a análise do Agravo de Instrumento nº 723773/MS, ante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que condenou o Estado à indenização por dano moral em razão da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso, em face da superlotação carcerária.

A decisão do Supremo reformou o acórdão afirmando que, tendo em vista o princípio da reserva do possível, não se poderia impor ao poder público a obrigação de melhorar as condições mínimas de sobrevivência garantidas aos presidiários, visto que o cumprimento das obrigações impostas, pelo poder público, dentro dos limites da razoabilidade e disponibilidade financeira e orçamentária, estaria abarcado pela legalidade. Tratando-se de dano decorrente de suposto ato omissivo de o Estado garantir a dignidade humana do preso, a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se, para sua configuração, a presença de dolo ou culpa (KELBERT, 2011).

Assim, a Suprema Corte trouxe a reserva do possível como forma de não conceder o direito pleiteado, como limite fático à concessão. Sendo assim, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível estava sendo utilizada apenas a título meramente

argumentativo quando se tratava de direitos relacionados à saúde, à vida e à educação, e, por outro lado, como argumento capaz de fundamentar a negativa da prestação estatal quando se tratava de garantir a dignidade do preso no que tange ao fornecimento de melhores condições prisionais (KELBERT, 2011).

De forma oposta ao anteriormente apresentado, as mais recentes decisões emanadas pela Suprema Corte vêm demonstrando uma mudança de postura no que tange a aplicabilidade da reserva do possível diante do direito de dignidade dos presos. No Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (RE 592.581/RS), interposto contra acórdão que, ao reformar a sentença de primeiro grau, concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão no campo decisório reservado à Administração Pública (BRASIL, 2015).

O Ministro Presidente e Relator à época, Ricardo Lewandowski, ao votar, deu uma verdadeira aula quanto à situação das instalações carcerárias brasileiras que, conforme explicitado, propiciam condições sub-humanas de carceragem. Ademais, ressaltou o importante papel do poder Judiciário, principalmente da Corte Suprema, em atuar em defesa dos direitos fundamentais (BRASIL, 2015).

Se posicionando de forma contrária ao argumento cuja óbice encontrava respaldo na restrição orçamentária, o magistrado trouxe à tona a existência de recursos orçamentários, capazes ao menos de amenizar a grave situação existente no sistema carcerário. Nos termos dos dados trazidos, o Fundo Penitenciário Nacional havia arrecadado, até junho de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), porém, houve o emprego de pequena parcela desta arrecadação, no valor de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais).

Desta maneira, torna-se evidente que o problema se encontra dentro de uma perspectiva de anseios políticos e de eficiência administrativa, e não meramente na falta de recursos financeiros (BRASIL, 2015).

Diante das circunstâncias fáticas, o voto ensejou a cassação do acórdão recorrido e o consequente provimento do recurso extraordinário. Vislumbrou-se a dignidade da pessoa humana, especificamente as custodiadas pelo estado, de modo a garantir a integridade física e moral destes, não havendo a possibilidade, nos termos do caso

concreto, de se aplicar a cláusula da reserva do possível. Igualmente, a alegada violação à separação dos poderes restou negada (BRASIL, 2015).

Portanto, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível tem sido utilizada apenas a título meramente argumentativo quando se trata de direitos relacionados à saúde, à vida e à educação, direitos sociais cuja Constituição Federal de 1988 traz a perspectiva de serem fundamentais.

Ao se analisar as decisões relativas a estas temáticas, de maneira geral, observamos que se coadunam para a escassez dos recursos, problemas relacionados a limites financeiros e orçamentários, e tratam da existência da cláusula da reserva do possível como possível limitadora de direitos. Porém, deixam claro que tal cláusula não merece prevalecer quando em confronto com o mínimo existencial, teoria pela qual traz um limite à própria restrição de direitos fundamentais. Desta forma, tais decisões evidenciam que a reserva do possível não é argumento suficiente para afastar a responsabilidade do Estado em concretizar direitos elencados como fundamentais pela Constituição Federal (ALEXY, 2008).

4. ATUAÇÃO JUDICIAL E OS CONFLITOS NA APRECIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Hoje, se passaram aproximadamente 70 anos após a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual se caracterizou primordialmente sobre um conjunto de valores fundamentais inerentes à condição humana, fortemente influenciada pelos dois períodos pós-guerra. Neste documento, além das premissas dos direitos fundamentais de primeira geração, instituídos no século dezenove, consolidaram-se os direitos prestacionais, denominados de segunda geração, como a saúde, educação e os demais tidos como sociais. Já neste momento, dúvidas pairavam no ar, quando do confronto entre tais premissas: Qual direito deverá prevalecer quando houver uma apreciação no caso concreto? Os de primeira ou segunda geração? (ALEXY, 2008, pág. 43).

Norberto Bobbio submete à norma jurídica três valorações distintas, que seriam fundamentais a uma norma jurídica de fundamentos sólidos: justiça, validade e eficácia. Esta primeira vem a se tornar importante mecanismo de aferição por parte do presente trabalho, na medida em que tal problemática vem a guardar relação com a correspondência ou não das normas aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. Portanto, a ideia de justiça está intimamente ligada a correspondência do que é real em contrapartida ao ideal, na medida em que se coaduna com a própria deontologia jurídica (BOBBIO, 1993, pág. 38).

Consequentemente, a ideia de justiça, ora buscada pelo aplicador do direito quando da análise do caso concreto, vem a se adequar à ideia de uma justa medida de equilíbrio, de maneira a balancear as normas conflitantes. Assim, o princípio da proporcionalidade, e as técnicas em si relacionadas, revelam-se como instrumentos essenciais para tanto.

4.1 Conceito e Características dos Princípios

A integração dos princípios no arcabouço dos ordenamentos jurídicos ganhou força em meados das primeiras décadas do século XX, no início de da fase que veio a ser denominada de pós-positivismo pela doutrina constitucionalista. Posteriormente a superação do jusnaturalismo pelo positivismo, aquele marcado por características metafísicas e distante da cientificidade jurídica, percebeu-se que o positivismo jurídico

e sua aplicação estreita da lei, de certo modo coercitiva, apresentava problemas e justificava barbáries (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Tendo em vista a superação em relação a perspectiva do direito natural, assim como em decorrência dos fracassos políticos verificados no positivismo jurídico à luz da prática, principalmente no seio das guerras mundiais, as reflexões acerca do direito, seus princípios e o modo de interpretação jurídica vêm a ser levantados.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais 17, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (BARROSO; BARCELLOS, 2003, pág. 6).

O direito vem a reencontrar os discursos anteriormente afastados em decorrência do positivismo jurídico, sobretudo a ética, de modo a concretizar o discurso da supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Deste modo, a distinção estrutural desenvolvida entre princípios e regras vem a representar um dos pilares da dogmática constitucional, de modo a representar a maior responsabilidade no tocante a superação do positivismo jurídico. Ronald Dworkin seguido por Robert Alexy, foram os grandes responsáveis pela nova ótica constitucional de aplicação normativa. Agora, a constituição vem a se demonstrar como um sistema aberto a valores suprapositivos, em que a ideia de justiça e direitos relacionados a existência digna das pessoas vêm a ser o seu principal objetivo (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

A importância da temática surge a partir da afirmação doutrinária de que princípio é norma, e possuem aplicabilidade imediata, aliada a própria afirmativa trazida por Humberto Ávila de que dentro do ordenamento jurídico contemporâneo os princípios vêm a se caracterizar como as normas de maior importância.

Desta maneira, afirma:

Do próprio ordenamento jurídico brasileiro constam normas positivas ou doutrinariamente denominadas de princípios, alguns fundamentais, outros gerais. Sua definição não pode, por isso, ser equivocada, antes deve ser de tal forma enunciada, que sua aplicação diante do caso concreto possa ser intersubjetivamente controlável (ÁVILA, 1999, pág. 5).

Os princípios, devido ao caráter de abstração, passam a sofrer uma maior dificuldade no que diz respeito à sua conceituação, quando comparados a regras de condutas previstas objetivamente, estando estas categorias jurídicas presentes em maior intensidade no plano sensorial do estudioso do direito.

Autores como Guastini, tendo em vista tratar-se a sua definição de múltiplos critérios, como o fundamento teórico utilizado, a posição no ordenamento jurídico, assim como a finalidade neste, defendem a impossibilidade de se instituir um significado unitário para os princípios, de modo a defender as mais variadas definições. Assim, o jurista italiano busca, tendo em vista uma clareza argumentativa, demonstrar que existem fenômenos diversos, ao invés de simplesmente demonstrar uma diferença entre eles.

4.2 O Princípio da Proporcionalidade

4.2.1 Evolução histórica do princípio

O princípio vem a surgir, e conseqüentemente se desenvolver dentro da necessidade de abstenção pelo poder público absolutista em face das liberdades individuais da população, numa época em que ocorria a transição entre o denominado estado de polícia para o estado de direito, no final do século XVII e durante o Séc. XVIII. Desta feita, sua origem remonta à própria ideia de liberdade humana, consagrada pela ideia jusnaturalista como garantia humana anterior ao próprio direito positivado. Assim, temos uma relação entre o seu desenvolvimento e o próprio movimento constitucionalista moderno, instituído de modo a privilegiar a proteção dada aos direitos humanos e fundamentais (BARROS, 2003, pág. 37).

José Joaquim Gomes Canotilho, sob a égide do direito constitucional português preleciona:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado com medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Na legislação portuguesa, é com este sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional (CANOTILHO, 1998, pág. 259).

Contudo, o salto qualitativo em termos de compreensão acerca do princípio da proporcionalidade se deu a partir da transposição das teorias constitucionais de limitação ao poder de polícia administrativo. A constituição alemã de Weimar, em 1919, a partir das suas previsões expressas no tocante aos direitos fundamentais e sociais, denominados de 2ª geração, resultou em um grande avanço do instituto.

Entretanto, é somente após a 2ª guerra, a partir da Carta Maior alemã de 1949, que a noção de dignidade da pessoa humana se solidifica e, assim, a tutela dos direitos fundamentais se torna mais efetiva, criando as condições para a solidificação do entendimento do princípio da proporcionalidade como hoje o conhecemos (TEIXEIRA; RAVAGNANI, 2015, pág.20).

Nesse sentido, Gilmar Mendes discorre acerca das premissas atuais acerca dos direitos fundamentais:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado (MENDES, 1999, p.46).

Portanto, devido a atual importância de tal princípio no sistema constitucional contemporâneo, e o atual contexto em que os direitos fundamentais estão inseridos, sustentamos a premissa elaborada por José Joaquim Gomes Canotilho, em que há uma efetiva constância na mutação da reserva da lei (CANOTILHO,1998).

4.2.2 A Proporcionalidade na Teoria do Direito

Os princípios jurídicos, dentro de sua concepção como mandamento nuclear do sistema, vêm a ter uma complexidade, no tocante a sua aplicação, muito superior às regras de conduta previstas aos casos concretos. Aqueles definem a lógica e a racionalidade da aplicação normativa, ao passo em que não preveem situações determinadas. Assim, os princípios guardam um papel estruturante porquanto a organização jurídica estatal, do seu ordenamento e dos instrumentos legais aplicáveis.

Importante lição trazida por Humberto Ávila, ao diferenciar os princípios e as normas determinadas:

A definição de princípios como normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta explica sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação do comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam conduzir ao conteúdo normativo dos princípios. Isso explica a hierarquia sintática e semântica que se estabelece entre princípios e demais normas do ordenamento e, conseqüentemente, a importância dos princípios na interpretação e aplicação do Direito (ÁVILA, 1999, pág. 170).

Os conflitos existentes entre princípios, ou entre estes e regras, é uma constante dentro de um ordenamento jurídico marcado por princípios variados, assim como por uma quantidade infinita de conteúdo normativo, características inerentes a sociedades que possuem constituições democráticas. Assim, o princípio da proporcionalidade mostra-se um instrumento essencial para a solução, na medida em que realiza um balanceamento porquanto a aplicação normativa, e conseqüentemente faça uma retirada mínima de cada princípio perante o caso concreto.

De forma a sustentar uma maior flexibilidade do princípio da proporcionalidade, Karl Larenz idealiza o princípio como uma derivação dos princípios gerais do estado de direito, numa posição de primazia. Haveria um juízo de adequação entre meio e fim, de modo a garantir a menor restrição a determinado bem jurídico quando do conflito existente entre outro igualmente protegido pela ordem constitucional. Desta forma, o aludido autor afirmara se tratar da própria ideia de justiça (PALERMO, 2002).

Difundindo a importância acerca do aludido princípio na ordem constitucional, e indo de encontro ao pensamento de Karl Larenz, afirma Guerra Filho:

O estabelecimento do princípio da proporcionalidade ao nível constitucional, com a função de intermediar o relacionamento entre as duas matérias mais importantes a serem disciplinadas em uma constituição, como são aqueles referentes aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e à organização institucional dos poderes estatais, já implica em aceitar a aplicação generalizada do princípio nos vários ramos do Direito (PALERMO, 2002, pág. 8).

Ainda quanto ao significado próprio do princípio da proporcionalidade, Humberto Ávila segue as premissas trazidas por Larenz, quanto a sua caracterização acerca da elasticidade do princípio. Porém, de modo diverso, o observa sob uma perspectiva de princípio formal, de modo a estabelecer uma estrutura para a aplicação dos

princípios envolvidos. O celebre jurista alemão tratava do princípio ora em análise sob uma perspectiva material.

4.2.3. As Sub-regras da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade vem a ser dividido, por critérios doutrinários, em que pese o seu não desenvolvimento pelos tribunais superiores, em três sub-regras de aplicação: A necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Parte da doutrina nacional, ao defender a aplicação das mencionadas regras, ressalta a necessidade de sua utilização de forma ordenada, de tal modo que, em certas ocasiões, não haveria a necessidade de se analisar todos os critérios porquanto a aplicação do princípio da proporcionalidade. Haveria, portanto, a caracterização da aplicação subsidiária (DA SILVA, 2003).

A adequação veio a ser desenvolvida no Brasil com base na ideia entre os meios utilizados em relação aos fins pretendidos. Virgílio Afonso da Silva traz sua definição acerca da adequação, com base na doutrina de Martin Borowski:

Uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. (DA SILVA, pág. 15, 2003).

Tendo em vista a existência de um ato estatal que venha a limitar direitos fundamentais, se faz necessária a observância da sub-regra da necessidade, de modo a questionar se realmente aquela medida tomada não poderia vir a ser efetivada através de outro meio menos invasivo aos direitos que estão sob análise. É, portanto, uma busca por medidas alternativas que satisfaçam da melhor forma os direitos pretendidos.

Em que pese uma medida limitadora a direito fundamental ser adequada para fomentar outro direito da mesma categoria, isso não significa, necessariamente, que ela deverá ser considerada como proporcional. Se faz correto um próximo exame, uma análise acerca da proporcionalidade em sentido estrito, esta, vem a consistir em um balanceamento 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.

4.2.4 A Ponderação

A técnica da ponderação vem representar um grande avanço no tocante a aplicação normativa constitucional. As normas, durante muito tempo, foram aplicadas ao caso concreto mediante a ideia da subsunção, ou seja, quando uma premissa maior, mais adequada ao caso concreto, seria aplicada em face de uma premissa menor, de modo a anulá-la por completo. Apesar de tal raciocínio jurídico continuar pertinente, a doutrina afirma que a técnica da subsunção vem a encontrar limites em decorrência do aumento de importância que os princípios vêm a representar no plano constitucional.

Quando há o enfrentamento de questões complexas no plano do direito, e o conseqüente conflito entre princípios, estes demonstram soluções diversas e contraditórias. Desta maneira, caso o aplicador do direito viesse a se valer indiscriminadamente da técnica da subsunção normativa, nos depararíamos com uma negação total a um princípio constitucional, algo que não nos parece em conformidade com o atual direito constitucional. A doutrina demonstra uma problemática pertinente quanto a subsunção, em prol da utilização da técnica da ponderação quanto aos casos mencionados: o princípio instrumental da unidade da constituição, a partir disto vislumbrando a constituição como um documento dialético, onde haveria a tutela de direitos assim como situações conflitantes entre eles (ÁVILA, 1999).

Conforme mencionado, o princípio instrumental da unidade da constituição vem a limitar a técnica da subsunção. Tendo em vista não haver hierarquia no plano normativo da Constituição Federal, não pareceria acertado a simples negação da aplicação de um princípio em que, ao menos em tese, também fosse passível de ser aplicado ao caso concreto.

O dever de proporcionalidade surge a partir do modo de solução decorrente da colisão entre princípios. Desta forma, passasse à verificação dos respectivos pesos, quando da análise do caso, ressalte-se, no plano concreto, posto que o plano abstrato não traduz uma ordem de aplicação, tendo em vista tratar-se de situações desconhecidas. Por isso, temos que a solução advém da técnica da ponderação aplicada ao caso concreto (ÁVILA, 1999).

Robert Alexy vai além, de modo a trazer a aplicação da técnica da ponderação a partir da sua própria conceituação acerca dos princípios, e a diferença entre estes e

normas. A sua obra, partindo das premissas inicialmente trazidas por Ronald Dworkin, trouxe novos desenvolvimentos acerca dos princípios e a sua aplicação.

Alexy divide as normas em princípios e regras, sendo essa divisão baseada na aplicação normativa, e não na generalidade ou especialidade. Os princípios, segundo o autor, seriam espécie de normas jurídicas através das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, da forma mais ampla possível, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Desta forma, a intensidade da sua aplicação estaria relacionada com as possibilidades jurídicas existentes. As regras, de forma diversa aos princípios, não se constituem como mandados de otimização, mas sim de definição, de forma a não permitir sua gradação quando aplicada. Haverá ou não a sua aplicação ao caso concreto (DA SILVA, 2002).

Portanto, diferentemente das normas, os princípios que, ressalte-se em conformidade com a doutrina atual, têm aplicabilidade imediata e como norma são considerados, possuem dimensão de peso porquanto a sua aplicação, passíveis de gradação, e não determinam as consequências normativas de forma direta (BARROSO, 2003).

Destarte, a aplicação de um princípio perante o caso concreto deve ser analisada sempre sob uma perspectiva dos seus respectivos pesos, em conformidade com a denominada clausula de reserva.

Desta forma analisa Luís Roberto Barroso:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância (BARROSO; BARCELLOS, 2003, pág. 11).

De modo a exemplificar a aplicação prática, fazemos menção a entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange a submissão do pai a exame de DNA quando da ação de investigação de paternidade.

Assim, se fez da seguinte afirmativa a suprema corte à época:

À luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria" (STF, 2009, pág. 28).

Portanto, segundo o juízo de ponderação realizado pelo tribunal à época, com base na ideia da proporcionalidade, argumentou-se por uma não violação ao princípio da dignidade humana, tendo em vista a consideração da desproporcionalidade da realização da perícia diante da pretensão alegada. Conforme o caso, observamos a utilização da proporcionalidade de modo a estabelecer limites a violação de um direito fundamental, dignidade da pessoa humana, cujo núcleo vem a se caracterizar pela inviolabilidade.

Neste sentido, Humberto Ávila:

As possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo. (ÁVILA,1999, pág. 42).

Havendo uma tensão principiológica, o aplicador do direito deve se pautar pela melhor realização de ambos os princípios, de modo que a solução adequada deve se dar pela finalidade pretendida.

Outrora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, julgada em 1992, demonstra a abrangência da temática trazida, a qual vem a atingir os diversos ramos do direito. A autora da ação questionava a exigência da pesagem dos botijões de gás diante do consumidor. Em suas alegações trouxe a eminente violação a livre iniciativa, prevista constitucionalmente, tendo em vista o auto custo de investimento a ser demandado das empresas que realizam tal serviço. Em contrapartida, havia os direitos dos consumidores. De modo a solucionar tal impasse, a decisão do tribunal, ponderando os direitos existentes, assim como pautando-se pela proporcionalidade, determinou que a fiscalização dos botijões seria realizada pelo poder público, através de controle de amostragem.

Assim, pelo menos em tese, as empresas viram seus direitos protegidos, posto que não iriam a ruína financeira em virtude dos altos investimentos demandados, assim como os consumidores viriam a ser tutelados a partir da iniciativa do poder público, a quem passaria a realizar a fiscalização no comércio de gás.

5. CONCLUSÃO

O questionamento fundante do presente trabalho, o qual ensejou no seu objetivo geral, revelou ao longo da pesquisa desenvolvida um tema controverso, cujas questões envolvidas são essenciais à vida e ao próprio Estado. A análise desenvolvida acerca do princípio da proporcionalidade, verificando a sua aplicação no ativismo judicial, a importância desta incidência, assim como as suas facetas decorrentes dos conflitos entre direitos, demonstrou a importância da sua utilização.

As complexidades da vida contemporânea aliadas às disposições protetivas presentes em nossa Constituição Federal, próprias de cartas democráticas, acarreta demandas ao estado, de modo a frequentemente se verem pleiteadas através de demandas judiciais, onde evidencia-se a postura ativista do magistrado. Assim, tem-se um conflito complexo, envolto em premissas previstas constitucionalmente, em que, a partir da técnica da ponderação, a solução com base nas premissas da proporcionalidade demonstrou-se um caminho coerente e mais próximo ao que uma decisão justa seria.

Em que pese a demonstração da importância acerca do acesso ao direito à saúde, especialmente no tocante ao custeio de tratamentos custosos, aliado ao necessário respeito aos mandamentos constitucionais, vem a conclusão da hipótese ser instituída com ressalvas. O orçamento público não é ilimitado, assim o alto custeio a ser realizado pelo Estado deve se pautar essencialmente pelo princípio da dignidade humana, de modo que somente tratamentos realmente essenciais à vida deveriam efetivar o manejo do dinheiro público de forma diferenciada. Pensar de modo diverso acarretaria em contradição à defesa da efetivação do direito à saúde, tendo em vista que a prestação universal restaria prejudicada por custeios exacerbados e não necessários.

Portanto, a mitigação da teoria da reserva do possível seria necessária, quando da análise do caso concreto, nas hipóteses em que a sua incidência viesse a implicar um dano tamanho a direito de outrem, de modo a atingir o seu direito a uma vida digna.

A atualidade e importância da temática tratada no presente trabalho vem a demonstrar a relevância do estudo no atual contexto em que vivemos. Conforme mencionado, além da perspectiva estrita do acesso a saúde e a importância para tal direito,

o qual é inerente à própria vida, os conflitos existentes entre as normas do ordenamento jurídico atingem os mais variados direitos existentes.

Por fim, ressaltamos que o estudo aqui desenvolvido não tem como objetivo concluir e por de maneira definitiva o estabelecimento da matéria, mas desenvolvê-la, de modo a ensejar mais um passo na sua trajetória de desenvolvimento.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**, v. 215, p. 151-179, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Suzana Toledo de. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller. Controle jurisdicional de políticas públicas. **Porto Alegre: Núria Fabris**, p. 85, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em <[https:// www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>: Acesso em: 02 abr. 2018.

CANOTILHO, J.J. Direito constitucional e teoria da constituição. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 132, 2011.

DE MORAES, Alexandre. Direito constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DE MORAIS, Marcus Vinícius et al. História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI. Editora Contexto, 2010.

GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KLUGER, Richard. **Simple justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality**. Vintage, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional" comparado"**. SA Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NETO, Daniel Lena Marchiori et al. **A Suprema Corte Dos Eua E A Construção Dos Direitos Sociais: Estado-De-Arte Sobre A Posição Minoritária Durante A Era Lochner (1905-1937). Contribuciones a las Ciencias Sociales**, n. 2014-11, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais-Efetividade frente à Reserva do Possível**. Juruá Editora, 2008.

ORFIELD, Gary; EATON, Susan E. **Dismantling Desegregation. The Quiet Reversal of Brown v. Board of Education**. The New Press, 500 Fifth Avenue, New York, NY 10110, 1996.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2011.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial" à brasileira"**. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.