

ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - AVEC
CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL-UNIFACOL
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO - BACHARELADO

GABRIEL TINOCO CORDEIRO DEÁK

**A PANDEMIA DA COVID-19 E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE:
A (IM)POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO-PE
2021

GABRIEL TINOCO CORDEIRO DEÁK

**A PANDEMIA DA COVID-19 E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE:
A (IM)POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário FACOL- UNIFACOL, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito
Constitucional.

Orientador(a): Lysllem Hellem de Oliveira
Pessoa de Sá.

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO-PE
2021



ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E CULTURA - AVEC
CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL - UNIFACOL
COORDENAÇÃO DE TCC DO CURSO DE DIREITO



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ATA DE DEFESA

Nome do Acadêmico: Gabriel Tinoco Cordeiro Deák

Título do Trabalho de Conclusão de Curso: A pandemia da covid-19 e o direito social à saúde: a (im)possibilidade de alegação da reserva do possível.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário FACOL - UNIFACOL, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador(a): Lysllem Hellem de Oliveira Pessoa de Sá.

A Banca Examinadora composta pelos Professores abaixo, sob a Presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Graduação e a julgou nos seguintes termos:

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Nota Final: _____. Situação do Acadêmico: _____. Data: ____/____/____

MENÇÃO GERAL: _____

Coordenador de TCC do Curso de Direito:

Omar dos Santos Silva

Credenciada pela Portaria nº 644, de 28 de março de 2001 – D.O.U. de 02/04/2001.

Endereço: Rua do Estudante, nº 85 – Bairro Universitário.

CEP: 55612-650 - Vitória de Santo Antão – PE

Telefone: (81) 3114.1200

Dedico esse trabalho a Deus e a meus familiares, pois sem eles não teria condições de desenvolvê-lo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Julyana e Renato, e aos meus irmãos, Matheus, Fernanda, Julia e Eduardo pela confiança no meu progresso e apoio material e emocional.

À minha madrastra, Rafaella, que acima de tudo é uma grande amiga, sempre presente e solícita.

A meu tio Duda, por todo apoio, conselhos e conversas.

À minha avó, Carminha, por todo seu amor, auxílio e conversas.

A meus bisavós, Claudio e Vilma, pelas orações.

À minha orientadora, Lysllem, que apesar da intensa rotina acadêmica aceitou me orientar nesta monografia. Suas valiosas indicações fizeram toda a diferença.

Também agradeço a todos os meus colegas de curso, pela oportunidade do convívio e pela cooperação mútua durante estes anos.

"Onde Não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças".

(INGO SARLET, 2009)

RESUMO

A presente monografia trata da análise da possibilidade de alegação da reserva do possível como limite à efetivação do Direito Social à Saúde durante o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Frente a isso, objetiva-se confrontar a ideologia da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial, visando investigar se a limitação orçamentária do Estado pode ser posta como justificativa à mitigação do Direito à Saúde durante a pandemia da COVID-19. Para tanto, buscou-se realizar uma pesquisa bibliográfica, promovendo-se um levantamento qualitativo da literatura disponível, baseado em uma abordagem qualitativa de caráter descritivo, efetivada através do auxílio do método indutivo. Assim, pode-se destacar o Direito à Saúde como um Direito Fundamental de ordem social positivado pela CF/88, que deve ser efetivado através da atuação do SUS. Porém, se pode observar alegações no sentido de se preservar a chamada reserva do possível diante da efetivação dos Direitos de ordem social, tornando-se comum o seu confronto para com os ideais defendidos pela garantia do mínimo existencial. A partir disso, surgiu a discussão acerca da responsabilidade do Estado durante o período de caos instaurado pela pandemia da COVID-19, de forma a se questionar sobre a tutela prestada ao Direito à Saúde e a possibilidade de defesa do mínimo existencial em detrimento das alegações de reserva do possível. Com isso, concluiu-se que nesse momento de crise causado pela pandemia da COVID-19, a reserva do possível não pode se fazer maior que a garantia do mínimo existencial, sendo constatada a necessidade da promoção de uma realocação de recursos, efetivada através da ponderação de gastos desnecessários e do direcionamento à saúde de orçamentos que seriam destinados ao cumprimento de deveres supérfluos, bem como estabelecendo-se uma parceria entre público e privado, alargando o alcance das políticas sociais de saúde e, conseqüentemente, garantindo a preservação da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Pandemia da COVID-19. (Im)possibilidade. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

ABSTRACT

The present study addresses the possibility of the argument of the reserve of the possible as a limit to the realization of the right to health care during the battle against the COVID-19 pandemic. In this regard, the aim of this study is to confront the ideology of the reserve of the possible and the guarantee of the right to basic conditions of life. This research also aims to investigate whether the state budget constraints could be used to justify the mitigation of the right to health care during the COVID-19 pandemic. For that matter, bibliographical research has been conducted, providing a qualitative survey of the available literature, which was based on a qualitative approach that was exploratory in nature and with the aid of the inductive method. Therefore, the right to health care is highlighted as a fundamental right of social order established by the 1988 Constitution of Brazil, which is supposed to be implemented through the Brazilian Unified Health System (SUS). However, allegations regarding the preservation of the called reserve of the possible in the face of the realization of the right of social order are observed and it usually confronts the ideals sustained by the guarantee of the right to basic conditions of life. Consequently, a discussion on the State responsibility during the period of chaos caused by the COVID-19 pandemic emerged, so it is possible to question about the tutelage provided for the right to health care and the possibility of the defense of the right to basic conditions of life in contrast to the argument of the reserve of the possible. In this sense, it was concluded that during this moment of crisis caused by the COVID-19 pandemic, the reserve of the possible cannot be bigger than the guarantee of the right to basic conditions of life, so it can be noted that promoting the reallocation of resources is necessary through the evaluation of unnecessary waste of money and also redirecting the budget which would be used for irrelevant purposes to health care. A partnership between the public and private sector is necessary in order to increase the reach of public health policies and then guarantee the preservation of human dignity.

KEYWORDS: The right to health care. COVID-19 pandemic. (Im)possibility. Reserve of the possible. The right to basic conditions of life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SEGUNDA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1	Os Direitos Sociais e a sua Inserção no Direito Brasileiro	12
2.2	O Direito à Saúde da Constituição Federal de 1824 até a Constituição Federal de 1988	18
3	A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
3.1	O Surgimento da Reserva do Possível e sua Aplicação no Brasil	21
3.2	A Proteção Constitucional do Mínimo Existencial <i>versus</i> a Reserva do Possível	24
4	O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19	27
4.1	A Responsabilidade do Estado e a Tutela do Direito à Saúde Durante a Pandemia da COVID-19	27
4.2	A Garantia do Mínimo Existencial e a Atuação do Estado Durante a Pandemia da COVID-19	32
5	A PANDEMIA DA COVID-19 E A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A ALEGAÇÃO DA CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A TEORIA DA PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL .	34
5.1	A Reserva do Possível como Justificativa à Mitigação do Direito à Saúde Durante a Pandemia da COVID-19	34
5.2	A Garantia do Mínimo Existencial Diante da Alegação da Cláusula da Reserva do Possível Durante a Pandemia da COVID-19	36
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFRÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde se perfaz como um Direito Fundamental de ordem social trazido ao ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988, sendo perpetrado como uma das bases sociais indispensáveis para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”, por garantir a proteção dos Direitos Fundamentais e suas dimensões, diante disto surgiu a necessidade de que o Estado viesse a resguardar seu orçamento para cumprir com aquilo que fosse, de fato, proporcional para com as necessidades dos cidadãos e que não viesse a se apresentar como demasiadamente dispendioso aos cofres estatais, vindo a nascer, assim, uma nova interpretação da reserva do possível.

Em sua essência, a reserva do possível guarda um ideal de defesa à razoabilidade, tendo por objetivo garantir que a satisfação dos direitos de uma pequena parcela da sociedade não venha a afetar direitos atinentes a toda a coletividade.

No Brasil, a reserva do possível ganha uma nova perspectiva de interpretação, pois busca a divisão equitativa do orçamento estatal, visando garantir a efetivação de direitos de diferentes áreas de interesse.

Tem-se, assim, uma limitação a essa alegação da reserva do possível, que é a garantia do mínimo existencial, ou seja, a limitação orçamentária estatal não poderá ferir a garantia de direitos que representem a base mínima para a satisfação dos preceitos da dignidade da pessoa humana.

Com o início da pandemia da COVID-19 e o verdadeiro caos instaurado na saúde pública brasileira, surgiu a necessidade de se analisar como a reserva do possível poderia interferir na satisfação do Direito Social à Saúde diante desses casos excepcionais vivenciados com o enfrentamento desse novo vírus.

Diante do exposto, a presente pesquisa, tem a seguinte problemática: Seria possível valer-se da cláusula da reserva do possível em relação ao Direito à Saúde durante a pandemia da COVID-19?

Justifica-se a presente pesquisa no fato de que muitos brasileiros estão enfrentando dificuldades de acesso aos serviços de saúde, em virtude da alegação de falta de recursos orçamentários para suprir as necessidades de instalação de

novos leitos de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), compra de um maior número de respiradores mecânicos e de medicamentos importantes ao tratamento da COVID-19, bem como deficiências no atendimento médico capacitado.

Para encontrar a resposta para o problema de pesquisa tem-se como objetivo geral: Compreender os impactos da alegação da reserva do possível frente ao Direito Social à Saúde durante a realidade enfrentada com a pandemia da COVID-19. E como objetivos específicos: Conceituar a reserva do possível; Entender as bases legais do Direito Social à Saúde; Analisar as características capazes de rotular a realidade vivenciada com a COVID-19 como sendo uma pandemia e verificar quais os impactos emergenciais que essa situação trouxe à saúde; Avaliar qual a responsabilidade do Estado frente à pandemia da COVID-19.

Diante disso, levanta-se a seguinte hipótese a ser investigada: Durante a pandemia da COVID-19 o Direito à Saúde deve ser preservado, fazendo com que a reserva do possível não possa se fazer maior que a garantia do mínimo existencial, de forma a garantir a preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, buscou-se realizar uma pesquisa bibliográfica, visando fazer um levantamento da literatura disponível sobre o tema, baseado na análise de fontes primárias - legislação – e secundárias – livros, monografias, artigos -, alcançados por meio do método indutivo, através de abordagem qualitativa de caráter descritivo.

A presente monografia foi dividida em quatro capítulos, visando detalhar as particularidades do conteúdo ora debatido. Assim, o primeiro deles irá abordar o percurso histórico dos Direitos Sociais desde o seu nascimento até sua positivação pela Carta Magna brasileira de 1988, de forma exaltar a preservação da dignidade da pessoa humana. Tem-se como foco pontuar o Direito à Saúde como um Direito Fundamental de ordem social inerente aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, destacando a atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) como forma direta de efetivar tal direito.

O segundo capítulo traz uma análise em torno da origem histórica da reserva do possível, buscando entender seu surgimento e sua posterior recepção pelo Direito brasileiro, bem como confrontando-o com os ideais defendidos pela garantia do mínimo existencial.

Já, o terceiro capítulo discute sobre a garantia do Direito à Saúde durante a pandemia da COVID-19, discutindo acerca da responsabilidade do Estado durante

esse período de caos e sobre como tal direito estaria sendo tutelado, a fim de debater sobre a possibilidade de defesa do mínimo existencial.

Por fim, o último capítulo apresenta a discussão referente a (im)possibilidade de alegação da cláusula da reserva do possível pelo Estado diante da proteção constitucional do mínimo existencial durante a pandemia da COVID-19 no Brasil, no intuito de analisar as alegações da reserva do possível como forma de eximir o Estado diante das quebras de direitos ocasionadas durante o período da pandemia da COVID-19 e, posteriormente, confrontando tal alegação com a teoria do mínimo existencial, no intuito de analisar se realmente existe a possibilidade de preservação orçamentária diante de um caso extremo de saúde pública como o ora vivenciado ou se o mínimo existencial poderia ser alegado como forma de garantir a efetivação do Direito à Saúde em favor da manutenção da dignidade da pessoa humana.

Após todos os esclarecimentos prestados, destaca-se a importância da realização desta pesquisa, uma vez que trata de um tema presente na vida de muitos brasileiros na atualidade, que é a busca pela preservação da saúde como forma de garantia da dignidade.

2 A SEGUNDA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Os Direitos Sociais e a sua Inserção no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi um importante divisor de águas para o Direito brasileiro, dado que se inaugurou uma nova e reformulada maneira de se conduzir o ordenamento jurídico pátrio, tendo-se como base a defesa da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a promoção de uma efetiva garantia dos direitos fundamentais a serem assegurados ao povo brasileiro.

Dessa forma, verifica-se que quando o art. 1º da CF/88 exalta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, se faz uma proclamação de valor universal, reclamando condições mínimas para uma existência digna e em conformidade com os ditames da justiça social. Logo, pode-se aduzir que a dignidade humana é posta como um princípio constitucional universal, que deve ser posto como paradigma, fundamento e limite de todo o ordenamento jurídico, vindo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões (SILVA, 2014; ZISMAN, 2016).

Sendo assim, entende-se que esse destaque atribuído à dignidade da pessoa humana a coloca como base a ser seguida por todo o ordenamento jurídico brasileiro, firmando-se a necessidade de que as normas legais sejam fundamentadas na defesa a preceitos básicos de respeito e manutenção de direitos mínimos inerentes ao ser humano enquanto cidadão.

Nesse contexto, evidencia-se que os Direitos e Garantias Fundamentais elencados no Título II da CF/88, se apresentam como meios capazes de garantir a efetivação desses preceitos interligados à dignidade da pessoa humana, trazendo-se como base: os direitos individuais e coletivos (art. 5º); os direitos sociais (arts. 6º a 11); os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 16); e os direitos relacionados aos partidos políticos (art. 17) (BRASIL, 1988).

Logo, compreende-se que cada um desses dispositivos constitucionais visa lançar a devida proteção em torno de direitos e garantias considerados como a base

natural para uma sobrevivência humana mais digna, sendo de suma importância para o cumprimento dos preceitos básicos de direitos humanos.

De tal modo, explica-se, por oportuno, que os direitos fundamentais se traduzem como sendo a positivação dos direitos humanos, incorporando-os ao ordenamento jurídico doméstico, de forma a garantir-lhes verdadeira efetividade, ou seja, são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que se fundam nos preceitos da dignidade da pessoa humana como meio de se promover a proteção e o desenvolvimento das pessoas, através do firmamento de normas legais internas que incluam o amparo à vida, às liberdades, à igualdade e à justiça (BARROSO, 2020).

Entende-se, assim, que o reconhecimento legal dos direitos fundamentais foi algo progressivo ao longo do tempo, vindo a acompanhar as evoluções ideológicas e societárias decorrentes da constante luta humana pelo reconhecimento de direitos básicos à sua existência.

Diante disso, é importante pontuar que os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos aos poucos, no transcorrer de uma evolução histórico-social, sendo fruto de progressivas conquistas políticas, as quais originaram, ao longo da história, a efetivação de algumas dimensões de direitos fundamentais, conforme denomina a doutrina atual, ou gerações de direitos fundamentais, utilizando-se a colocação da doutrina tradicional (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Salienta-se, no entanto, que tal diferenciação teve origem em interpretações que defendiam que o termo "gerações" daria a ideia de sucessão ou superação de direitos, enquanto que o termo "dimensões" se apresentaria como garantia de continuidade, dando a entender que ao ser reconhecida uma nova "dimensão" as conquistas alcançadas por aquela anterior não seriam abandonadas (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

Porém, apesar de haver posicionamentos que defendem que a modificação no uso do termo, vindo a se fixar o uso da expressão "dimensões", seria algo viável na defesa de que não há superações ou sucessões, mas continuidade e complemento dos direitos fundamentais, mostra-se relevante registrar que na prática ambas expressões são comumente utilizadas pela doutrina, podendo-se encontrar menção às duas formas indicando um mesmo objetivo: explanar a conquista gradual da positivação dos direitos fundamentais.

Com isso, destaca-se que atualmente existem cinco gerações/dimensões dos direitos fundamentais, dentre as quais as três primeiras já se encontram positivadas, possuindo, inclusive, fortes bases no lema sustentado pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, enquanto as duas últimas ainda são alvos de intensos debates doutrinários (OLIVEIRA, 2008).

De tal forma, destaca-se que essas gerações/dimensões são divididas como forma de buscar proteger, respectivamente: os direitos civis e políticos (1ª geração); direitos sociais, culturais e econômicos (2ª geração); direitos transindividuais (3ª geração); direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (4ª geração); direito à paz (5ª geração).

Nesse sentido, os direitos sociais surgem como direitos de segunda dimensão, estando diretamente ligados a reivindicações de justiça social, de forma a acentuarem o princípio da igualdade material entre os homens, uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais, exigindo-se, para tanto, uma atuação positiva do Estado (VIEIRA JÚNIOR, 2015; DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Ocorre que essa atuação positiva do Estado deve se externar por meio da implementação de políticas públicas e do cumprimento de certas prestações sociais, visando garantir a base para que os cidadãos possam ter supridas as necessidades sociais básicas para que lhe seja assegurada uma vida mais digna.

Esses direitos de segunda dimensão tiveram sua origem no século XIX, com a Revolução Industrial europeia e o surgimento de recorrentes reivindicações trabalhistas e sociais, decorrentes do enfrentamento de péssimas situações e condições de trabalho, sendo inicialmente positivados através da Constituição Mexicana, de 1917, da Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, e da Constituição de Weimar, de 1919, os quais serviram de base para a Constituição Federal brasileira de 1934 (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Mas, foi apenas na CF/88 que se inaugurou um capítulo específico, destinado aos Direitos Sociais, o qual traz no art. 6º um rol exemplificativo, que indica a proteção do Estado sobre: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, bem como efetiva, nos arts. 7º a 11, diretrizes sobre direitos específicos aos trabalhadores urbanos ou rurais, destinando-lhes o devido respeito a garantias mínimas de promoção à sua dignidade, direcionando a associação

profissional ou sindical e, também, assegurando-lhes o direito de greve, quando esta se fizer indispensável à satisfação de seus direitos (BRASIL, 1988).

Verifica-se, assim, que os Direitos Sociais estão, de fato, intimamente ligados aos preceitos da dignidade da pessoa humana, visando assegurar que o Estado se responsabilize por manter políticas públicas capazes de garantir condições mínimas de existência, concretizando, assim, uma perspectiva de isonomia substancial e social entre os cidadãos.

Sendo, portanto, de grande valor entender que os Direitos Sociais tiveram origem após a crise da ideologia constitucional liberal, fundamentando-se na consagração do paradigma do Estado Social de Direito, perseguido durante a Revolução Industrial, a qual teve como pressuposto romper com os antigos padrões formalistas que permeavam a sociedade e, com isso, buscar por mecanismos de redução das desigualdades socioeconômicas que se mostrassem mais concretos e efetivos (MASSON, 2020; FERNANDES, 2020).

Frente a isso, destaca-se que o Estado Liberal não se preocupava com a garantia de direitos sociais, pois tratava-se de um estado mínimo, fundamentando na ideia de igualdade formal. Enquanto, o Estado Social busca garantir, segundo as lições de Aristóteles, a igualdade material, visando tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de modo a conferir tratamento substancialmente idêntico a todas as pessoas, porém respeitando as individualidades de cada um (CUNHA, 2020).

Com essa consagração do Estado Social de Direito, pode-se observar o surgimento da ideologia de que o Estado não necessita ser visto como um inimigo da sociedade, podendo então ser considerado como um importante auxiliar à sua existência, uma vez que poderia figurar como garantidor da igualdade e base para o respeito às diferenças.

Dessa forma, verifica-se que se passou a abandonar a ideologia de que o Estado deveria manter uma postura abstencionista, vindo a se afirmar da necessidade de uma intervenção estatal positiva, capaz de gerar condições próprias para a implementação de políticas públicas voltadas a se garantir a dignidade dos cidadãos, minimizando as desigualdades existentes (FERNANDES, 2020).

Consequentemente, surgia a necessidade de que o Estado modificasse sua base legal para que se pudesse alcançar meios de firmar a efetiva proteção aos

direitos sociais e, assim, viesse a ter firmado em sua constituição o fundamento de defesa desses preceitos.

Diante desses ideais, iniciou-se uma progressiva positivação dos Direitos Sociais, tendo-se como marcos iniciais: a Constituição mexicana, de 1917; a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918; a Constituição Alemã de Weimar, de 1919; a Constituição Federal brasileira de 1934 (SILVA, 2010).

Desse modo, verifica-se que a Constituição Federal brasileira de 1934, sendo influenciada diretamente pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar, foi a primeira Carta brasileira a trazer em seu bojo a positivação dos Direitos Sociais (SILVA, 2014), apresentando, dentre eles:

[...] a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, caput), os direitos à assistência judiciária gratuita, direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes, além de afirmar a existência digna como objeto da ordem econômica (art. 115) e de dispor sobre assistência social e saúde pública (art. 138), bem como o direito à educação (art. 149) (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1236).

Porém, visualiza-se claramente que tais direitos de ordem social se encontravam misturados aos direitos de ordem econômica, unindo-se em um único título. Fator este que restringia consideravelmente a sua amplitude, vindo a prejudicar a sua correta defesa em sociedade.

Nas Constituições brasileiras de 1937 (Constituição Polaca), 1946 e 1967, bem como na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também se seguiu o mesmo direcionamento advindo da Carta Magna de 1934, sendo elencados alguns Direitos de ordem social, todavia sem atribuir-lhes grandes destaques. Dentre os Direitos Sociais assegurados durante essa época, pode-se destacar: a proteção da infância e da juventude; a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário; a assistência à maternidade e à infância; o dever social do trabalho e o direito à subsistência mediante o trabalho (NUNES JÚNIOR, 2019; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Todavia, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que se alcançou visíveis e importantes avanços no que diz respeito ao estabelecimento dos

Direitos Sociais enquanto forma de garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Logo no preâmbulo da CF/88, sustenta-se o objetivo de se instituir um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido, o art. 3º da CF/88, indica a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Dessa forma, pode-se notar claramente que a intenção da CF/88 é lançar uma maior proteção sobre os direitos de ordem fundamental, sobretudo no que diz respeito aos Direitos Sociais, no intuito de firmar diretrizes capazes de elevar a manutenção da dignidade humana, preservando os direitos básicos do cidadão.

Isso pode ser comprovado através da instituição de um Capítulo próprio aos Direitos Sociais, fato este que vem indicar a expressa preocupação desta nova Constituição em fazer do Brasil um verdadeiro Estado de Direitos, lançando proteção, inicialmente, sobre a educação, saúde, trabalho, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (NUNES JÚNIOR, 2019).

Nesse contexto, vale destacar que este rol de Direitos Sociais trazidos no texto constitucional vem sendo ampliado sistematicamente desde a promulgação da Carta Magna vigente:

[...] Primeiramente, foi acrescido o direito à “moradia”, pela Emenda Constitucional n. 26, de 2000. Anos depois, foi acrescido o direito à alimentação (Emenda Constitucional n. 64/2010). Mais recentemente foi acrescido o direito ao transporte, por força da Emenda Constitucional n. 90, de 2015. Esse rol ainda pode ser ampliado, tendo em vista que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda n. 19/2010, que insere no art. 6º da Constituição Federal o “direito à busca da felicidade” (conhecida como PEC da Felicidade) (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1237).

Desse modo, visualiza-se que a Carta Magna de 1988 abriu as portas para que os cidadãos brasileiros passassem a ter assegurados direitos básicos para a manutenção de sua dignidade, vindo a estender progressivamente a amplitude de sua defesa, no intuito de abarcar uma maior gama de direitos a serem revertidos em proteção da sociedade.

2.2 O Direito à Saúde da Constituição Federal de 1824 até a Constituição Federal de 1988

No que diz respeito à positivação constitucional do Direito à Saúde, tem-se que a CF/88 foi a primeira Carta brasileira a consagra-lo, colocando, inclusive, como um de seus Direitos Fundamentais.

Ressalta-se que os textos constitucionais anteriores traziam consigo apenas disposições esparsas sobre a questão, podendo-se mencionar o exemplo da Constituição Federal de 1824, que trazia, em seu art. 179, XXI, uma referência à garantia de “socorros públicos” e a Constituição Federal de 1934, que trazia em seu art. 10, II, a descrição da competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde (MENDES; BRANCO, 2020; DALLARI, 2009).

Com isso, nota-se que a inserção do Direito à Saúde no rol dos Direitos Sociais elencados no art. 6º da CF/88 foi um passo importante para garantir a proteção estatal a este direito que se mostra como verdadeiro corolário do Direito à Vida e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Segundo o que se pode extrair do texto do art. 196 da CF/88, o qual foi posteriormente replicado pelo §1º, do art. 2º, da lei nº 8.080/1990, a chamada Lei Orgânica da Saúde, é a disposição de que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Logo, verifica-se que o conceito sustentado após a entrada em vigor da CF/88 traz o Direito à Saúde como uma obrigação estatal de prestar a base necessária para a promoção, proteção e recuperação do bem-estar do indivíduo, tornando-a acessível, de forma universal e igualitária.

Diante disso, compreende-se o Direito à Saúde como um direito subjetivo público, que deve ser assegurado a todos os cidadãos, sem qualquer distinção ou restrição, sendo efetivado por meio de políticas sociais e econômicas promovidas pelo Estado, em solidariedade com seus entes federados, conforme prega o inciso II, do art. 23 da CF/88.

Nesse sentido, o art. 197 da CF/88 destaca que:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Assim, compreende-se que o Estado, além de garantir a efetivação de ações e serviços de saúde, poderá exercer-las diretamente ou delegar a sua execução a terceiros ou a pessoa física ou jurídica de direito privado sob sua responsabilidade, devendo promover meios para o desenvolvimento da regulamentação, fiscalização e controle das atividades desenvolvidas nesse âmbito.

Em vista disso, vale destacar que a CF/88 ainda foi além, não se contentando em simplesmente idealizar uma forma de garantia do exercício do Direito à Saúde, mas fixando que essas ações e serviços públicos de saúde iriam unir-se, de forma a constituir um Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, a ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou de outras fontes que se façam necessárias (BRASIL, 1988).

Além disso, registra-se que o SUS deve ser organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, possuindo o intuito de promover um atendimento integral e com participação da comunidade, devendo ter como prioridade as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (BRASIL, 1988).

Dessa forma, observa-se que a Carta Magna de 1988 rompeu com a tradição até então existente, vindo a adotar uma rede de saúde regionalizada e hierarquizada, que deve ter por objetivo garantir a concretização desse direito social, tornando o SUS um importante meio de ação estatal para o cumprimento dos preceitos de defesa à saúde em seus diversos âmbitos, de forma a garantir que todos, sem qualquer distinção, tenham acesso à saúde de forma gratuita e direta.

No entanto, cabe ressaltar que além da efetivação de atividades preventivas e assistências de saúde, caberá também ao SUS, sem prejuízo daquelas elencadas no plano infraconstitucional, através das Leis Federais nº 8.142/90 e 8.080/90, as seguintes atribuições:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, visualiza-se que há uma abertura na visão de saúde sustentada pela CF/88, vindo a se fixar, também, uma preocupação com áreas afins que venham a interferir diretamente no âmbito da saúde, como é o caso da fiscalização da produção de medicamentos, equipamentos e insumos e do desenvolvimento científico e tecnológico, ou que de suas ações decorra a prevenção de patologias e prejuízos ao bem-estar social, como é o caso do desenvolvimento de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, ações de saneamento básico, saúde do trabalhador e a proteção ao meio ambiente.

Porém, também, é relevante pontuar que a CF/88 não monopolizou o Direito à Saúde apenas ao âmbito público, garantindo, em seu art. 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (BRASIL, 1988).

Portanto, entende-se que a efetivação do Direito à Saúde, enquanto Direito Fundamental assegurado pela Carta Magna de 1988 aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, representou um importante passo para a preservação da vida e, conseqüentemente, da dignidade humana, uma vez que garantiu uma igualdade de direitos àqueles que não tivessem condições financeiras de arcar com despesas relacionadas à saúde privada.

3 A CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 O Surgimento da Reserva do Possível e sua Aplicação no Brasil

A Reserva do Possível teve sua origem jurídica através de um julgamento ocorrido no Tribunal Federal alemão, na década de 70, o qual ficou conhecido como "*numerus clausus*" e fora proposto por estudantes alemães que não haviam sido admitidos em escolas de medicina do país, pelo fato de haver uma política de limitação do número de vagas em cursos superiores (CASTRO, 2016).

Tal política foi desenvolvida pelo fato de que entre os anos de 1952 e 1967 a Alemanha sofreu os impactos de um brusco aumento no número de novos estudantes que adentravam às Universidades locais, fazendo com que estes estabelecimentos de ensino não conseguissem acompanhar adequadamente essa nova realidade que vinha se instalando. Com isso, o Tribunal Constitucional Federal alemão optou por estabelecer a ideologia de que a destinação de vagas a todos os interessados iria sacrificar de forma considerável outros serviços públicos, visto que traria uma onerosidade excessiva aos cofres públicos, que já sofriam com a escassez de recursos decorrente do período pós-guerra (ARAÚJO, 2013).

Frente a isso, registra-se que a pretensão que deu origem a esse "*leading case*" teve por fundamento jurídico o disposto no art. 12 da Lei Fundamental alemã, perante o qual os estudantes alegavam que a escolha da livre da profissão, de seu local de trabalho e de seu centro de formação seria um direito concernente a todos os alemães e que, portanto, deveria ser garantido em sua integralidade pelo Estado (CASTRO, 2016).

Assim sendo, verifica-se que o direito de ingresso ao curso universitário desejado estaria interligado ao direito à livre escolha da profissão, podendo ser claramente associado às bases da igualdade e do Estado Social de direitos.

Fator este que ensejou uma discussão perante o Tribunal, que tinha por foco confrontar opiniões sobre se o número de vagas disponíveis para novos estudantes nas Universidades alemãs afrontaria a liberdade de escolha de profissão, deixando-a sem valor diante dos casos em que se mostrassem inexistentes as condições fáticas

para sua efetiva fruição, bem como provocando a relativização de direitos de ordem social (MENDES; BRANCO, 2020).

Desse modo, avaliando as particularidades que envolviam o caso, o Tribunal Constitucional alemão determinou que a prestação positiva do Estado, em proporcionar um aumento do número de vagas nas Universidades locais, deveria respeitar a razoabilidade, para o indivíduo, e a racionalidade, para a sociedade, garantindo a efetivação do que pode se chamar de uma reserva do possível (MASSON, 2020).

Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal alemão considerou a limitação do direito ao ingresso no ensino superior, porém fixou como exigência que tal ato só fosse permitido após o Estado promover o uso exaustivo da capacidade de ensino disponível, através da distribuição dos candidatos entre os diversos locais disponíveis para estudo, vindo a respeitar, sempre que possível, seu lugar de escolha (VAZ, 2016).

Logo, observa-se que a origem histórica da reserva do possível não a relacionava direta e unicamente com as restrições de recursos materiais e financeiros do Estado enquanto limites a serem impostos para a concretização do direito social, mas a pontuava como meio de promover os preceitos da razoabilidade da pretensão deduzida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando pedidos considerados irrazoáveis, desproporcionais e/ou excessivos (SOUZA, 2013).

Com isso, entende-se que essa reserva do possível que nasceu no Direito Alemão trazia consigo a máxima de que a efetivação dos Direitos Sociais não poderia ser algo que ficasse a cargo exclusivo das definições internas do Estado, cabendo aos cidadãos exigirem o cumprimento de seus direitos, porém sem abandonar os limites da razoabilidade de seus pedidos, uma vez que a satisfação dos direitos de uma parcela da sociedade não pode vir a prejudicar direitos atinentes aos demais.

Trazendo-se o foco para o Direito brasileiro, pode-se pontuar que a reserva do possível foi amplamente recepcionada pela jurisprudência de nossos Tribunais federais, estaduais e dos Tribunais Superiores, mas de uma maneira diferenciada do que a base desenvolvida pelo Direito alemão, vindo a abandonar os ideais de razoabilidade e passando a ganhar delineamentos econômicos, que a colocava como uma restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos (MACHADO; HERRERA, 2010).

Dessa forma, compreende-se que após o advento da CF/88 e a positivação dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais inerentes à sociedade, a reserva do possível foi trazida ao ordenamento jurídico pátrio como forma de ponderar tais direitos diante do poder financeiro manifestado pelo Estado, transformando os ideais alemães de razoabilidade formal, em uma razoabilidade material, voltada ao controle econômico estatal.

Portanto, no Direito brasileiro a reserva do possível passa a se mostrar como uma expressão capaz de definir a limitação dos recursos econômicos a serem empregados pela administração pública no suprimento das necessidades fundamentais inerentes aos cidadãos, colocando em destaque o paradigma disponibilidade de recursos X custo dos direitos dos cidadãos (ARAÚJO, 2013).

Diante dessas explanações iniciais sobre a natureza que a reserva do possível assumiu perante o Direito brasileiro, mostra-se importante destacar que tal medida foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como forma de se viabilizar a concretização de uma série de esperanças sociais, econômicas e jurídicas que haviam sido sufocadas ao longo dos anos de Ditadura Militar e não poderiam ser concretizadas de forma satisfatória depois de um longo período que além de ter sido demarcado pela influência neoliberalista, mantinha graves excessos de gastos públicos e de intervenções nos mecanismos de mercado (ARAÚJO, 2013).

Assim sendo, verifica-se que as limitações de ordem econômica impostas pela aceitação da reserva do possível se apresentaram como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais positivados a partir do advento da Carta Magna de 1988, fazendo com que Estado tivesse a autonomia de ponderar interesses individuais, no intuito de proteger a satisfação dos direitos da coletividade.

Com isso, entende-se que a efetivação dos Direitos Fundamentais implica, na prática, na realização de escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos poderão ser priorizados em detrimento de outros. De tal modo, a reserva do possível trata dessa alocação de recursos como uma condição de possibilidade de reconhecimento de direitos, uma vez que não existiriam recursos suficientes para promover uniformemente todos os direitos.

Porém, exalta-se que a reserva do possível não pode ser posta como regra, tendo que ser respeitada como exceção, pois a ideologia decorrente da positivação constitucional dos Direitos Fundamentais, sobretudo dos Direitos Sociais, se firma na manutenção e no respeito à dignidade da pessoa humana, fazendo com que tal baliza

legal só possa ser alegada diante de casos de comprovada escassez de recursos e, assim, não podendo ser exposta como uma excludente de ilicitude da conduta social em face de impossibilidade de conduta diversa (ARAÚJO, 2013).

Posto isso, compreende-se que a incorporação da reserva do possível ao Direito brasileiro possuiu como objetivo garantir uma distribuição equitativa e proporcional dos recursos a serem empregados para a concretização dos Direitos de ordem fundamental positivados no texto constitucional de 1988. Entretanto, mostra-se importante manter o devido controle sobre a destinação desses recursos, uma vez que o Estado tem por incumbência assegurar o cumprimento dos preceitos da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a relativização de certos direitos configurasse, nesse sentido, uma grave quebra a esses preceitos, desrespeitando as próprias bases ideológicas da Constituição Federal de 1988.

3.2 A Proteção Constitucional do Mínimo Existencial *versus* a Reserva do Possível

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo uma verdadeira carta de Direitos Fundamentais, os quais possuem como objetivo sustentar os preceitos maiores da dignidade da pessoa humana, a fim de garantirem aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes as bases mínimas para a sua existência.

Porém, a efetivação de tais direitos requer destinações orçamentárias próprias a serem efetivadas por parte do Estado, fazendo com que os altos custos derivados de despesas não previstas no orçamento venham a causar a necessidade de adoção da chamada reserva do possível, no intuito de preservar os cofres públicos de despesas que sejam demasiadamente maiores que aquelas idealizadas em orçamentos próprios.

Dessa forma, mostra-se relevante analisar o limite constitucional imposto perante tal baliza legal, que é a garantia de um mínimo existencial, ou seja:

[...] significa dizer que a dificuldade estatal decorrente da limitação dos recursos financeiros disponíveis (reserva do financeiramente possível) não afasta o dever do Estado de garantir, em termos de direitos

sociais, um mínimo necessário para a existência digna da população (garantia do mínimo existencial) (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 245).

Nesse sentido, entende-se que o mínimo existencial seria a base de efetivação da dignidade da pessoa humana frente às limitações socioeconômicas decorrentes da alegação da reserva do possível.

Com isso, pode-se pontuar a garantia do mínimo existencial como meio direto de impedir que o Estado negue o cumprimento de prestações sociais mínimas à manutenção da dignidade humana, mesmo que tal negativa se baseie na alegação de insuficiência de recursos (OLIVEIRA, 2016).

Logo, essa garantia do mínimo existencial visa assegurar:

[...] o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 245).

Dessa forma, verifica-se que existe uma ponderação legal em torno de quais direitos fundamentais podem ser relativizados em consequência da falta ou limitação de recursos estatais e quais devem ultrapassar essas barreiras econômicas em virtude da manutenção de uma existência digna dos cidadãos.

Portanto, tem-se o mínimo existencial como um padrão mínimo de efetivação a uma existência humana digna, a ser efetivada não apenas em seu aspecto físico de manutenção e sobrevivência do corpo humano em si, mas também no aspecto intelectual e espiritual do ser, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação e saúde como bases mínimas à sobrevivência (SOUZA, 2013).

Com isso, denota-se que é perfeitamente plausível que a reserva do possível venha a conviver pacificamente com o mínimo existencial, pois tal baliza legal poderá ser invocada sempre que se realize um juízo da proporcionalidade, que venha a

priorizar a garantia do mínimo existencial como forma de preservar o direito à vida e à dignidade (SOUZA, 2013).

Consequentemente, se compreende que o Estado não poderá colocar seu orçamento econômico como forma de relativizar todo e qualquer Direito Fundamental que deva por ele ser garantido, devendo sempre ser observado os preceitos mínimos para uma existência digna dos cidadãos.

4 O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

4.1 A Responsabilidade do Estado e a Tutela do Direito à Saúde Durante a Pandemia da COVID-19

A pandemia da COVID-19 trouxe consigo a instauração de um verdadeiro caos, marcado, sobretudo, pela incerteza e pelo desconhecimento, uma vez que o novo coronavírus atingiu todos os cinco continentes de uma maneira rápida e devastadora, sem que a ciência tivesse tempo hábil para buscar por explicações e, principalmente, por meios de reversão dos efeitos trazidos pelo vírus ao organismo humano.

Diante dessa nova realidade enfrentada, o sistema de saúde público brasileiro vem enfrentando uma séria crise, ocasionando um sério debate em torno dos preceitos constitucionais de defesa ao Direito Social à Saúde e as barreiras vivenciadas na prática diária do SUS.

Com isso, torna-se importante analisar qual o grau de responsabilidade do Estado frente às emergências de saúde trazidas pela pandemia da COVID-19, bem como se entender quais os direcionamentos fornecidos em torno da tutela do Direito à Saúde, no intuito de verificar como o Estado pode ser responsável, ao menos, pela garantia de um mínimo existencial, de forma a preservar os preceitos da dignidade humana.

Se tem conhecimento de que os primeiros coronavírus humanos foram isolados por volta do ano de 1937, mas foi apenas em 1965 que o vírus passou a ter essa denominação, visto que a imagem de seu perfil microscópico lembra o formato de uma coroa (SANTANA *et. al.*, 2020).

No entanto, em dezembro de 2019 foi confirmada a circulação de uma nova espécie de coronavírus, a qual teve os primeiros casos diagnosticados na cidade de Wuhan, Província de Hubei, na China, sendo responsável pela promoção de transtornos respiratórios agudos, tecnicamente chamado de Sars-Cov-2 e popularmente identificado como COVID-19 (MAZZUOLI, 2020).

Ocorre que a COVID-19 espalhou-se rapidamente por todo o mundo, ocasionando um verdadeiro surto de infectados em todos os cinco continentes, o que

fez com que o Comitê de Emergência da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, viesse a declarar um estado de emergência de saúde global, caracterizando o COVID-19 como uma pandemia, em virtude das crescentes taxas de notificações de casos de contaminação em diversos países (SILVA; AGUIAR; SILVA, 2020).

No território brasileiro, os primeiros casos da COVID-19 foram registrados no fim do mês de fevereiro de 2020, desencadeando o início de um verdadeiro caos no âmbito da saúde, sobretudo, no SUS, pois a situação se agravou rapidamente, vindo a tomar proporções cada vez maiores, o que fez com que fossem necessárias medidas urgentes, tanto para o controle da disseminação do vírus, quanto para a garantia de um tratamento adequado àqueles que venham a necessitar.

Diante disso, salienta-se que o Estado possui o dever de garantir aos seus cidadãos a proteção à dignidade da pessoa humana, através do desenvolvimento de medidas que venham a promover a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, seja através de obrigações negativas ou prestacionais (SOUZA JÚNIOR, 2020).

Sendo assim, entende-se que embora o Estado não figure como segurador universal, devendo se abster de determinadas práticas que, por algum motivo, excedam suas possibilidades, diante dessa realidade excepcional trazida pela COVID-19, é possível vislumbrar hipóteses em que se faz perfeitamente cabível a sua responsabilização frente a casos de omissão, de ineficiência das providências adotadas ou, ainda, de desacerto em sua postura de enfrentamento de crise, de modo a se minimizar os danos suportados pelos cidadãos (DANTAS BISNETO; SANTOS; CAVET, 2021).

Dessa forma, verifica-se que quando a Administração Pública se mostra ineficiente ou ausente na adoção de medidas políticas, sociais e econômicas que tenham por fundamento a prevenção da disseminação da COVID-19 e seus desdobramentos, esses serão fatores capazes de gerar a responsabilização estatal, desde que essa omissão do Estado venha a ferir diretamente um dever legal para com o particular, causando-lhe dano direto e imediato (DANTAS BISNETO; SANTOS; CAVET, 2021).

Logo, conclui-se que atos como: a falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI) aos profissionais de saúde; a escassez de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) e a deficiência na fiscalização das medidas

de segurança implementadas podem ser tidos como exemplos claros de medidas de omissão do Estado frente à pandemia do COVID-19, chamando-se a atenção da população para a verificação da responsabilidade dos entes públicos para com a manutenção da dignidade da pessoa humana e a consequente preservação de seus Direitos Fundamentais constitucionalmente resguardados.

A pandemia causada pela COVID-19 trouxe consigo uma realidade devastadora, na qual o sistema de saúde sofreu um impacto sem igual, vindo a ser necessário a tomada de medidas drásticas de urgência, no intuito de se buscar atender da forma adequada a todos os casos em que se fosse preciso a prestação dos devidos cuidados médicos.

Sabe-se que o Direito à Saúde foi perpetrado na Constituição Federal de 1988 como um dos Direitos Sociais assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Diante disso, nasceu o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo apontado como uma importante revolução social e sanitária, que tem por objetivo promover uma maior igualdade no acesso à saúde (CHAGAS; SANTOS, 2020).

Ocorre que o SUS vem sofrendo há anos com a limitação de recursos financeiros e, sobretudo, com os desvios de verbas ocasionados pela má administração de gestores públicos, uma vez que os recursos advindos da União são repassados para a gestão de conselhos próprios e geridos pelos Estados e Municípios, ocasionando uma série de inconsistências pontuais nas aplicações desses recursos.

Com o agravamento da situação vivenciada pela pandemia da COVID-19, foi aprovada uma emenda à Constituição, a EC nº 106/2020, na qual foi estabelecido um orçamento específico para as ações estatais de combate ao vírus, sendo fixado que durante a vigência do estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública gerada pela pandemia, a União deverá adotar um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações, no intuito de que possa atender às necessidades de urgência, em casos em que o regime regular seja incompatível (BRASIL, 2020).

Além disso, a Lei nº 13.979, aprovada em 6 de fevereiro de 2020, garantiu que:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades

poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);
2. European Medicines Agency (EMA);
3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA) (BRASIL, 2020).

Diante disso, observa-se que a legislação de emergência publicada no início da pandemia trouxe consigo a máxima da facilitação da compra de insumos médico-hospitalares, garantindo a destinação de um regime extraordinário nas searas fiscal, financeira e de contratações, no intuito de sanar rapidamente com as necessidades de saúde apresentadas, bem como veio a autorizar a importação daqueles insumos que fossem primordiais à manutenção do sistema de saúde, mesmo que não se tivesse tempo hábil para análise e registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Assim, verifica-se que todas essas medidas visavam assegurar a promoção de meios que pudessem proporcionar os devidos cuidados para com a saúde da população brasileira durante o enfrentamento dessa verdadeira crise de saúde pública que se instalou não apenas no país, mas em todo o mundo. Vindo a assegurar, ao menos em teoria, a proteção constitucional à saúde.

Além dessas medidas financeiras e orçamentárias, ficou também registrado na Lei nº 13.979/2020 alguns direitos concernentes às pessoas que foram diagnosticadas com o vírus da COVID-19, sendo-lhes garantido, nos moldes do seu art. 3º, §2º: o direito a informações permanentemente sobre o seu estado de saúde; o direito de assistência à família; o direito de recebimento de um tratamento gratuito pelo SUS; o direito ao pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas (BRASIL, 2020).

De tal forma, observa-se que o Estado se responsabiliza pela promoção de medidas gratuitas de saúde e pela completa assistência tanto do paciente, quanto de sua família, vindo a pontuar, inclusive, o respeito aos preceitos da dignidade da

pessoa humana e a devida garantia dos Direitos Fundamentais constitucionalmente resguardados.

Porém, mostra-se importante salientar que na prática tudo aconteceu de forma bem diferente do que foi idealizado no papel pelas leis, pois as inconsistências financeiras e orçamentárias advindas da má gestão de recursos e o ambiente de crise global instalado pela COVID-19, no qual todos os países precisaram se equipar rapidamente, fazendo com que os preços dos insumos médico-hospitalares subissem consideravelmente, desencadearam uma situação crítica no sistema de saúde brasileiro, causando sérias privações de medicamentos e equipamentos que eram de grande relevância para a proteção da saúde da população (CHAGAS; SANTOS, 2020).

Nesse sentido, vale destacar que os casos extremos de saúde que venham a acarretar danos irreversíveis aos cidadãos podem vir a ensejar a responsabilização do Estado pela omissão na prestação de seus serviços, uma vez que o ente estatal possui o dever legal e constitucional de fornecer atendimento igualitário e universal.

Desta feita, entende-se que a tutela do Direito Social à Saúde envolve a prevenção de casos como a insuficiência de leitos de UTI ou de equipamentos e insumos médicos que se fizerem indispensáveis à manutenção da vida do paciente, buscando proteger meios que garantam a eficiência do atendimento de saúde prestado às vítimas da COVID-19, de forma a preservar sua correta recuperação ou, até mesmo, evitar a morte (DANTAS BISNETO; SANTOS; CAVET, 2021).

Logo, visualiza-se que o enfraquecimento estatal ocasionado pelo momento de crise de saúde em que vivenciamos com essa pandemia da COVID-19 não afasta o dever em fornecer uma adequada e concreta prestação de serviços de saúde aos cidadãos, fazendo com que o Poder Judiciário esteja apto a resolver demandas dessa ordem, quando comprovada a omissão dos entes federativos.

Desse modo, observa-se que o Judiciário figura como um verdadeiro garantidor dos Direitos Sociais constitucionalmente assegurados ao povo brasileiro e aos estrangeiros aqui residentes, vindo a ser o meio cabível a se buscar pela efetivação segura do Direito à Saúde, assegurando os preceitos da dignidade da pessoa humana, em especial durante a pandemia da COVID-19, haja vista possuir o dever de dar uma interpretação constitucional mais adequada às várias lides que lhe são atribuídas (PACHECO; CRUZ; SANTOS JÚNIOR, 2020).

Portanto, entende-se que apesar do Direito Social à Saúde ter sido devidamente tutelado pela CF/88 e garantido, diante da situação emergencial advinda da pandemia da COVID-19, através de legislações específicas, o que ocorre na prática é uma verdadeira omissão, derivada de anos de práticas de má gestão orçamentária e financeira dos entes federados e agravada pela situação de caos criada com a disseminação do vírus, fazendo com que a população sofra as consequências drásticas dessas falhas e sinta diretamente os seus impactos.

4.2 A Garantia do Mínimo Existencial e a Atuação do Estado Durante a Pandemia da COVID-19

Conforme já foi exposto, a garantia ao mínimo existencial se mostra como forma capaz de assegurar aos cidadãos a efetivação dos preceitos da dignidade da pessoa humana por meio da concretização de seus Direitos Fundamentais, sobretudo, aqueles de ordem social.

No entanto, durante a pandemia da COVID-19 se pôde notar uma verdadeira colisão entre os Direitos Fundamentais assegurados ao povo, sendo mitigados direitos como as liberdades de locomoção e de reunião, a livre iniciativa e a autonomia de vontade em detrimento de bens maiores, como a saúde e a vida (CORREIA; MARINHO; TAKAOKA, 2020).

Dessa forma, observa-se a necessidade se utilizar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como meios de sopesar os Direitos de ordem fundamental que foram atingidos pelas restrições advindas da pandemia da COVID-19, no intuito de se garantir a devida tutela estatal para com aqueles direitos de ordem maior, que, no caso em tela, são o Direito à Saúde e, como consequência, o Direito à Vida.

Assim, verifica-se que a devida efetivação de meios que garantam o cumprimento dos preceitos do Direito à Saúde se mostra como forma de assegurar o cumprimento dessa ideologia do respeito ao mínimo existencial, uma vez que com isso se estará resguardando a base para a concretização da dignidade humana.

Com isso, entende-se que em tempos de pandemia da COVID-19 é importante sublinhar que não se pode condicionar o Direito à Saúde a hipossuficiência financeira

do cidadão, vindo a se fixar o ideal de que tal baliza legal busca garantir o mínimo necessário para uma sobrevivência digna, pois a CF/88, quando trata da efetivação de Direitos Fundamentais, garante proteção igualitária a todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes (LEITE, 2020).

Portanto, a não observância aos preceitos do mínimo existencial de maneira igualitária, mesmo que durante essa situação excepcional trazida pela pandemia da COVID-19, pode ser interpretada como descaso ou desrespeito às normas constitucionais, vindo a ser base para a responsabilização do ente público, uma vez que a omissão estatal gera prejuízos incalculáveis à sociedade, vindo a obrigar reparação pelos eventuais danos causados em razão de sua negligência (CARMONA, 2020).

De tal modo, destaca-se que a promoção igualitária de medidas de segurança, bem como a devida prestação de uma assistência voltada a se garantir leitos de UTI, respiradores artificiais, medicamentos e insumos para tratamento e a disposição de equipes médicas especializadas, devidamente equipadas com os EPI's necessários, se mostra como obrigação estatal em prestar o suprimento desse mínimo existencial, vindo a cumprir com seus deveres constitucionais de proteção à dignidade.

5 A PANDEMIA DA COVID-19 E A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A ALEGAÇÃO DA CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A TEORIA DA PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

5.1 A Reserva do Possível como Justificativa à Mitigação do Direito à Saúde Durante a Pandemia da COVID-19

A instauração da pandemia da COVID-19 trouxe consigo sérias dúvidas concernentes à efetividade do Direito Social à Saúde, uma vez que a alegação de falta de recursos financeiros para a manutenção dos preceitos sustentados por este direito constitucional vem sendo latente.

Com isso, surgiu a premente necessidade de se avaliar se a reserva do possível pode, de fato, ser carimbada como uma forma capaz de fundamentar a mitigação do Direito à Saúde nessa época de pandemia que estamos vivenciando ou se tal direito pode ser enquadrado na perspectiva da garantia de um mínimo existencial, sendo posto como forma direta de respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme fora demonstrado, a pandemia da COVID-19 proporcionou um drástico agravamento dos problemas já enfrentados em termos de saúde pública no Brasil, vindo a ser o estopim para a relativização de uma considerável gama de Direitos Fundamentais inerentes aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Tal relativização tem por base alegações orçamentárias, fundadas na justificativa da manutenção de uma reserva do possível, uma vez que quando o Estado é invocado a atuar positivamente através de condutas prestacionais, os entes estatais tendem a priorizar sua reserva financeira, colocando-a, muitas vezes, em maior destaque do que a garantia de preservação dos Direitos Fundamentais (MASCARENHAS; SOUSA, 2020).

Diante disso, verifica-se que existe um choque entre a garantia das necessidades ilimitadas concernentes aos Direitos Fundamentais e a limitação da capacidade financeiro-orçamentária dos cofres públicos, surgindo, assim, um forte questionamento sobre se a prestação do Direito à Saúde, enquanto Direito Fundamental de ordem social, poderá estar condicionada à alegação estatal da reserva do possível.

Assim, se destaca que especialmente em períodos de recessão, como este vivenciado com a pandemia da COVID-19, não há como negar que o Estado poderá passar por dificuldades orçamentárias, vindo a prejudicar consideravelmente a efetiva prestação de Direitos Fundamentais assegurados ao ser humano, sobretudo, no que diz respeito ao Direito Social à Saúde (MENDES; BRANCO, 2020).

Porém, resta saber até que ponto essas dificuldades orçamentárias e, conseqüentemente, as alegações de reserva do possível podem interferir na efetivação do Direito à Saúde.

Logo, ressalta-se que para as alegações de reserva possível puderem ser levadas em consideração quando propostas como meios de limitação ao Direito à Saúde, se faz necessário que o Estado venha a comprovar a sua real insuficiência de recursos, garantindo a impossibilidade de redirecionamento de recursos de outras áreas menos prioritárias (GLOECKNER, 2013).

Além disso, especificamente no que concerne ao Direito à Saúde, o indivíduo afetado pelas alegações da reserva do possível deverá apresentar uma razoabilidade em seu pedido, de modo que sejam respeitadas as premissas constitucionais de preservação aos Direitos Fundamentais, sem deixar de se levar em consideração as possibilidades financeiras do Estado, inclusive, quando seja possível a realocação de recursos (GLOECKNER, 2013).

Com isso, ao se trazer tais proposições para a realidade vivenciada com a pandemia da COVID-19, se verifica a existência de pressupostos capazes de garantir a inadmissibilidade das alegações da reserva do possível como forma de mitigação do Direito à Saúde, uma vez que existe a razoabilidade presente nos pedidos formulados por aqueles que necessitam de leitos de UTI, de respiradores mecânicos, de medicamentos e, até mesmo, de um atendimento médico eficaz, pois estes indivíduos buscam pela preservação de suas vidas e de seus familiares. Além do que existem gastos exorbitantes sendo autorizados para áreas não essenciais, fazendo com que o Estado possa estudar maneiras de realocação de orçamentos, bem como possa promover cortes de gastos e de verbas que não se façam imprescindíveis.

Entretanto, o que se visualiza na prática é o uso indiscriminado da reserva do possível como forma de eximir o Estado da garantia constitucional do Direito à Saúde, sendo necessário, inclusive, a intervenção do Poder Judiciário como garantidor dos Direitos Fundamentais.

5.2 A Garantia do Mínimo Existencial Diante da Alegação da Cláusula da Reserva do Possível Durante a Pandemia da COVID-19

Tem-se a consciência de que o Direito à Saúde nunca foi tão debatido quanto nos tempos atuais, uma vez que a pandemia da COVID-19 trouxe à tona uma urgente necessidade pela prestação de serviços rápidos e eficazes, que pudessem garantir a preservação da vida, diante dessa situação de extrema vulnerabilidade que estamos vivenciando.

Dessa forma, quando se está diante de uma situação de extrema fragilidade quanto esta vivenciada com a disseminação da COVID-19, entende-se a possibilidade de se exaltar o Direito à Saúde enquanto corolário direto do Direito à Vida, sendo, portanto, inevitável sua interligação com a dignidade da pessoa humana, uma vez que se garantindo os meios adequados para a recuperação da saúde daqueles que foram acometidos pelo vírus, se estará viabilizando a preservação da vida, sobretudo, de uma vida digna.

Sendo assim, entende-se que a efetivação do Direito à Saúde, através da disponibilização de leitos de UTI e de respiradores mecânicos para aqueles que venham a necessitar desse auxílio, bem como da prestação dos devidos medicamentos e da garantia de cuidados médicos adequados, se traduz como a preservação daquilo que deve ser considerado como o mínimo existencial, ou seja, o mínimo para se alcançar a preservação de uma vida digna.

Entretanto, sabe-se que a garantia desse mínimo existencial esbarra na alegação da reserva do possível, ou seja, na falta de orçamento público suficiente para majorar os gastos com SUS, vindo a ser necessário a reformulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos Direitos Fundamentais. O que poderia acontecer por meio de escolhas alocativas, baseadas em critérios de justiça distributiva e social, que devem levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado e a maximização dos resultados (MENDES; BRANCO, 2020).

Sendo assim, nota-se que devem ser estabelecidas prioridades entre as diversas metas a atingir e os diversos direitos a proteger, racionalizando a utilização das verbas públicas, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor

premência social, podem ser diferidos em favor de outros que sejam reputados como indispensáveis e urgentes naquele momento (MENDES; BRANCO, 2020).

Frente a esses esclarecimentos, pontua-se que não se faz possível a utilização da reserva do possível como resposta absoluta para todas as demandas, sobretudo, no que condiz à preservação da saúde nessa época de caos em que estamos vivenciando com a disseminação da COVID-19, fazendo com que o desafio atual do Estado se pautar na efetivação do Direito à Saúde na ponderação de direitos e na compatibilização entre o interesse público e o individual.

Mas, para que essa garantia possa ser, de fato, concretizada, além da realocação de recursos, se faz necessário a promoção de uma parceria entre o público e privado, no intuito de poder alargar o alcance das políticas sociais de saúde, uma vez que a maior parte dos leitos de UTI se encontram nos hospitais pertencentes à rede privada (SILVA, 2020).

Essa proposição se firma nos dados expostos pela Agência Nacional de Saúde (ANS), indicando que o SUS, atualmente, fornece suporte a cerca de 210 milhões de brasileiros, enquanto apenas cerca de 47 milhões de brasileiros são beneficiários de planos de saúde e, portanto, são direcionados automaticamente à rede particular de saúde, o que faz com que a saúde pública sofra mais facilmente com os impactos negativos advindos das necessidades instauradas pela COVID-19 (SILVA, 2020).

Posto isso, se compreende que nesse momento delicado de saúde em que estamos vivendo nos dias atuais, o Estado deverá ponderar gastos e investir suas reservas na busca pela preservação da saúde, uma vez que assim estará garantindo a efetivação dos preceitos legais de segurança a um mínimo existencial e, logicamente, investindo suas forças na concretização dos preceitos maiores da dignidade da pessoa humana.

Portanto, verifica-se que, no caso ora em debate, não poderá ser admitido que a reserva do possível se faça maior que a garantia do mínimo existencial e, conseqüentemente, que a dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que Constituição Federal de 1988 foi um importante divisor de águas para o Direito brasileiro, inaugurando uma nova e reformulada maneira de se conduzir o ordenamento jurídico pátrio, baseada na defesa da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, na promoção de uma efetiva garantia aos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 foi a primeira constituição brasileira a trazer consigo a positivação dos Direitos Fundamentais de ordem Social (Direitos Sociais de 2ª dimensão), vindo a estabelecer proteção sobre esses direitos que são considerados de suma importância para a efetivação de uma vida digna.

Diante disso, tem-se o Direito à Saúde como um dos mais valiosos dos Direitos Sociais elencados pela CF/88, uma vez que tal direito pode ser considerado como corolário direto do Direito à Vida, bem jurídico considerado de maior valor ao ser humano. Nesses termos, destaca-se que o Direito à Saúde foi positivado como forma de se garantir uma igualdade de direitos àqueles que não tivessem condições financeiras de arcar com despesas relacionadas à saúde privada, vindo a estabelecer a obrigatoriedade do Estado em promover políticas públicas e sociais direcionadas à concretização do acesso à saúde, através da criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Porém, faz-se importante destacar que a efetivação desses Direitos Sociais requer destinações orçamentárias próprias a serem efetivadas por parte do Estado, fazendo com que os altos custos derivados de despesas não previstas no orçamento venham a causar a necessidade de adoção da chamada reserva do possível, no intuito de preservar os cofres públicos de despesas que sejam demasiadamente maiores que aquelas idealizadas em orçamentos próprios, sobretudo no que concerne ao Direito à Saúde, dado que este é um dos Direitos de ordem fundamental que possuem recorrentes pedidos de alargamentos de orçamentos.

Entretanto, cabe ressaltar que para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada e as bases constitucionais sejam mantidas, o valor orçamentário não pode ser colocado como parâmetro único para a satisfação dos Direitos de ordem fundamental, fazendo com que seja exaltada a garantia do chamado mínimo existencial, o qual deve ser posto como meio direto de impedir que o Estado negue o

cumprimento de prestações sociais mínimas à manutenção da dignidade humana, mesmo que tal negativa se baseie na alegação de insuficiência de recursos.

Diante do exposto, vem a surgir a necessidade de se analisar se a alegação estatal da reserva do possível seria plausível como meio de relativizar o Direito à Saúde durante a pandemia da COVID-19, visto que o sistema de saúde público brasileiro vem enfrentando uma séria crise, ocasionando um sério debate em torno das barreiras vivenciadas na prática diária do SUS.

Desse modo, visualiza-se que quando a Administração Pública se mostra ineficiente ou ausente na adoção de medidas políticas, sociais e econômicas que tenham por fundamento a prevenção da disseminação da COVID-19 e seus desdobramentos, o Estado pode ser responsabilizado pela omissão, desde que essa omissão venha a ferir diretamente um dever legal para com o particular, causando-lhe dano direto e imediato.

Logo, entende-se que atos como a falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI) aos profissionais de saúde, a escassez de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), de respiradores mecânicos e de medicamentos, bem como a deficiência na fiscalização das medidas de segurança implementadas, podem ser fatores considerados como forma de omissão estatal, vindo a se configurar como quebras ao chamado mínimo existencial.

Com isso, faz-se relevante pontuar que o SUS vem sofrendo há anos com a limitação de recursos financeiros e, sobretudo, com os desvios de verbas ocasionados pela má administração de gestores públicos, ocasionando uma série de inconsistências pontuais nas aplicações desses recursos. Assim, visualiza-se que a Pandemia da COVID-19 foi o estopim para o agravamento da situação vivenciada e a implementação do caos na saúde pública brasileira.

Todavia, visualiza-se que o enfraquecimento estatal ocasionado pelo momento de crise de saúde em que vivenciamos com essa pandemia da COVID-19 não afasta o dever em fornecer uma adequada e concreta prestação de serviços de saúde aos cidadãos, fazendo com que o Poder Judiciário esteja apto a resolver demandas dessa ordem, quando comprovada a omissão dos entes federativos.

Nesse sentido, se verifica a existência de pressupostos capazes de garantir a inadmissibilidade das alegações da reserva do possível como forma de mitigação do Direito à Saúde durante a pandemia da COVID-19, uma vez que existe a razoabilidade presente nos pedidos formulados por aqueles que necessitam de leitos de UTI, de

respiradores mecânicos, de medicamentos e, até mesmo, de um atendimento médico eficaz, pois estes indivíduos buscam pela preservação de suas vidas e de seus familiares. Além do que existem gastos exorbitantes sendo autorizados para áreas não essenciais, fazendo com que o Estado possa estudar maneiras de realocação de orçamentos, bem como possa promover cortes de gastos e de verbas que não se façam imprescindíveis.

Portanto, entende-se que tais pedidos se traduzem como a preservação daquilo que deve ser considerado como o mínimo existencial, ou seja, o mínimo para se alcançar a preservação de uma vida digna, devendo serem exaltados quando estiverem em confronto com outros direitos de menor prioridade no momento.

Desta feita, salienta-se a necessidade da promoção de uma realocação de recursos, fazendo com o Estado passe a ponderar gastos desnecessários e venha a direcionar à saúde orçamentos que seriam destinados ao cumprimento de deveres supérfluos, bem como se possa estabelecer uma parceria entre o público e o privado, no intuito de conseguir assegurar o tratamento adequado a um maior número de necessitados, de modo a alargar o alcance das políticas sociais de saúde, uma vez que a maior parte dos leitos de UTI se encontram nos hospitais pertencentes à rede privada.

Sendo assim, conclui-se que nesse momento de crise em que se está vivenciado com a pandemia da COVID-19, a reserva do possível não pode se fazer maior que a garantia do mínimo existencial e, conseqüentemente, que a dignidade da pessoa humana, devendo o Direito à Saúde ser preservado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Kátia Patrícia de. Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos. **Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX**, p. 105-120, Bogotá, 2013. Disponível em: <https://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioB/Ebooks/qF708.pdf#page=100>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL, [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. **Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

CARMONA, Raquel Torcani. O direito à saúde no Brasil – uma análise sobre o exercício desse direito no contexto de pandemia da Covid-19. **Cadernos de Direito**. vol. 19, nº 37, p. 253-265, Piracicaba, jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/4686/2481>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**, v. 8, n. 01, p. 63-83, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1751/755>. Acesso em: 30 mai. 2021.

CHAGAS, Dênia Rodrigues; SANTOS, Júlio Edstron S. O Direito Fundamental à saúde no Brasil e a pandemia do Novo Coronavírus: errou quem previu que “pior que tá não fica”. **Braz. J. of Develop.** Vol. 6, nº 8, p. 58529-58552, Curitiba, aug. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/15053/12428>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CORREIA, Arícia Fernandes; MARINHO, Tatiana Mota Pinheiro; TAKAOKA, Gláucia Sayuri. Cidade e direitos sociais: confronto entre o direito fundamental à saúde e outros direitos fundamentais no curso da pandemia por covid-19. **Revista da ESDM**.

Vol. 6, nº 12, Porto Alegre/RS, 2020. Disponível em: <http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/147/115>. Acesso em: 18 abr. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DANTAS BISNETO, Cícero. SANTOS, Romualdo Batista dos; CAVET, Caroline. Responsabilidade civil do estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Vol. 1, nº 13, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/223/206>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 mai. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GLOECKNER, Joseane Ladebrum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Ano 13, n. 51, p. 233-250, Belo Horizonte, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/150/270>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LEITE, Gisele. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **Jornal JURID**. 2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/minimo-existencial-e-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 19 abr. 2021.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; SOUSA, Izabela Taíse Ferreira de. A reserva do possível como mecanismo de não implementação de direitos fundamentais. **Rev. Fac. Dir.** v. 48, n. 2, pp. 378-404, Uberlândia/MG, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/47636>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da covid-19 provinda da república popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 23, Abr–Jun, 2020. Disponível em: https://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4772, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 29 de mai. 2021.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. As cinco gerações dos direitos humanos. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista**. vol. 6, Porto Alegre: IOB 2008. Disponível em: https://www.unifaccamp.edu.br/extras/arquivo/pdf/revista_faccamp_6.pdf#page=26. Acesso em: 11 mai. 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado I**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PACHECO, Kárenn Larisse Santos; CRUZ, Rafaela Rodrigues Moreira da; SANTOS JÚNIOR, Clodoaldo Moreira dos. A tutela do direito social à saúde durante a pandemia de COVID-19. **OAB ESA GOIÁS**. 2020. Disponível em: <https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/a-tutela-do-direito-social-a-saude-durante-a-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Sérgio Assunção. Direito ao respeito: Um breve ensaio sobre o surgimento da 7ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais. **Revista Direito Diário**. 5ª ed., Vol. 1, n. 1, Fortaleza, Jul/set 2019. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/wp-content/uploads/2019/09/R5-A8-Direito-ao-Respeito.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

SANTANA, Katiene Gouveia de et. al. Da Responsabilidade do Estado face a pandemia do coronavírus. **Derecho y Cambio Social**. Vol. 62, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7626196.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Larissa Barsato da. **Judicialização da saúde e a pandemia da COVID-19**. In: ASENSI, Felipe. Conhecimento e Multidisciplinaridade. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. Disponível em: <https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/01/01-livro-Conhecimento-e-multidisciplinaridade-vol1-CMPA-2020-3.pdf#page=335>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SILVA, Naurilene Gomes. O entrave da reserva o possível no caminho rumo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Fac. Dir. Univ. SP**. Vol. 105. P. 829-878. 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31794.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

SILVA, Ygor Felipe Távora da; AGUIAR, Denison Melo de Aguiar; SILVA, Antonio Jorge Barbosa da. Responsabilidade do estado em face a pandemia de COVID-19. **Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI**. Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; Julia Maurmann Ximenes; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/9qrdj9qh/T6KR3dqvD3MQY18I.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-a-evolucao-historica-dos-direitos-humanos-um-longo-caminho/>. Acesso em: 30 mai. 2021.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, v. 29, n. 1: 205-226, Pouso Alegre, 2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Jarbas Paula de. Responsabilidade civil do estado em tempos de covid-19: breves considerações a luz das recomendações da organização mundial da saúde e sob a ótica constitucional moderna dos direitos e garantias fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vol.15, nº 3, Itajaí, 3º quadrimestre de 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/17112/9693>. Acesso em: 16 abr. 2021.

VAZ, Carlos Augusto Lima. A Aplicação Limitada da Reserva do Possível. **Libertas**, Vol. 2, n. 1, Ouro Preto-MG, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/301/278>. Acesso em: 05 abr. 2021.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**- Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/20298/14641. Acesso em: 30 mai. 2021.

ZISMAN, CÉLIA ROSENTHAL. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 96. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCo nsInter_n.96.06.PDF. Acesso em: 31 mai. 2021.