

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.8920>

A (IN)APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A Necessidade da Observância do Princípio da Proporcionalidade

Renata Albuquerque Lima

Autora correspondente. Universidade Estadual Vale do Acaraú, Coordenação do Curso de Direito. Avenida da Universidade, n. 850 – Alto da Brasília. Sobral/CE, Brasil. CEP 62040-370. <http://lattes.cnpq.br/1404814572894221>.
<https://orcid.org/0000-0002-4019-9558>. realbuquerque@yahoo.com

Átila de Alencar Araripe Magalhães

Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza/CE, Brasil.

Matheus Araújo Teixeira

Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Sobral/CE, Brasil. Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Sobral/CE, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre tema atual, qual seja, a (im)possibilidade da aplicação da reserva do possível ante a judicialização da saúde. Por meio de exploração bibliográfica e jurisprudencial, conseguiu-se identificar os parâmetros que o Poder Judiciário tem adotado para conceder tutelas liminares de urgência no âmbito do direito à saúde. Tais balizas podem ser resumidas como: possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; e possibilidade do fornecimento de medicamento de alto custo inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população, além da concessão dessas tutelas liminares de urgência configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo. Concluiu-se, então, que é necessário que haja a observância do princípio da proporcionalidade com a finalidade de respeitar o sistema de *checks and balances* necessário entre os três Poderes.

Palavras-chave: judicialização da saúde; reserva do possível; proporcionalidade; direito à saúde.

THE (NON-)APPLICATION OF THE POSSIBILITY OBJECTION IN RESPECT OF PUBLIC HEALTH JUDICIALIZATION: THE NEED TO OBSERVE THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

The present work is about a current theme – The (non-)application of the possibility objection in respect of public health judicialization. Through bibliographic and jurisprudence exploration, it was possible to identify the parameters that the Judiciary has adopted to grant preliminary injunctions of urgency in the scope of the right to health. Such beacons can be summarized as: possibility of serious damage to public order, to health and economy; possibility of supplying high-cost medicines bankrupt the proper functioning of the Public Health System, as well as undermine the progress of basic health services in relation to the rest of the population, besides granting these urgent preliminary injunctions to unduly interfere with the Judiciary in the powers of the Executive Branch. It was therefore concluded that there is a need to comply with the principle of proportionality in order to respect the checks and balances required between the three branches of government.

Keywords: Judicialization of public health. Possibility objection. Proportionality. Right to health.

Recebido em: 8/4/2019

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

A reserva do possível e a judicialização da saúde são temas importantes e bastante discutidos no contexto da atualidade. A reserva do possível corresponde a um fundamento utilizado com frequência pela Administração Pública para justificar a impossibilidade de cumprir com suas obrigações constitucionais sob a tese de ausência de recursos financeiros. Por outro lado, a judicialização da saúde decorre da tendência do uso da judicialização dos direitos fundamentais a fim de concretizá-los, e se refere ao aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, que consiste no direito que os indivíduos possuem de pleitear ou exigir do Estado o cumprimento de uma prestação fundamental que ele é obrigado a realizar.

Essa exigência verifica-se por meio de ações individuais promovidas por sujeitos que têm o seu direito lesado ou ameaçado de lesão. Em tais ações, eles pleiteiam uma prestação jurisdicional específica no que se refere a direitos subjetivos e fundamentais da saúde. As ações podem ter múltiplas motivações, e, dentre elas, destacam-se as mais frequentes: exigência de cirurgias, acesso a medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

É em razão desse problemático contexto que a reserva do possível e a judicialização da saúde estão, muitas vezes, em colisão, uma vez que possuem pretensões e prioridades conflitantes. Diante disso, surge a necessidade de se analisar o caso concreto visando a evitar que o Estado entre em colapso, com a oneração excessiva, diante de determinadas demandas. Assim, se, de um lado, a judicialização da saúde pode ser entendida como direito individualmente assegurado pelo ordenamento jurídico, no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, do outro, a reserva do possível apresenta-se para a administração pública como meio, no âmbito econômico, de justificar a impossibilidade de atender toda a demanda, em especial no que se refere à efetivação de políticas públicas relativas à saúde.

Nesse contexto, a parcimônia de recursos com que o Estado conta justifica o uso da reserva do possível, inobstante se estar diante de um direito fundamental. Uma alternativa para minimizar os impactos dessas decisões judiciais, quanto ao direito à saúde, é a realocação de investimentos, por parte dos gestores públicos, para a seara da saúde, contudo essa ação pode impactar negativamente outras áreas sensíveis ao Estado, como a educação e a segurança pública.

Outro ponto que reforça a tese da utilização, por parte do Estado, da reserva do possível, é o fato de que o direito fundamental à saúde, assim como outros previstos na Constituição, não é absoluto. Destarte, quando há conflito de teses – reserva do possível *versus* judicialização da saúde – o recomendável é a utilização da proporcionalidade, com vistas a assegurar o gozo, por um maior número de cidadãos, dos direitos legalmente previstos. Caso não se observem os limites da razoabilidade, todo o sistema pode colapsar, pois o Estado é limitado social, econômica e estruturalmente.

Diante do ajuizamento de inúmeras ações individuais que almejam a efetivação de direitos relacionados ao direito fundamental à saúde, e por haver múltiplas jurisprudências e doutrinas com percepções distintas sobre o assunto em baila, surge a necessidade de se discutir a respeito da necessidade de fixação ou não de parâmetros a serem observados pelo juízo na concessão de eventuais tutelas jurisdicionais específicas, bem como sobre a legitimidade do

Poder Judiciário em interferir na discricionariedade do gestor público no que diz respeito à alocação de recursos.

De uns tempos para cá, a jurisprudência dos tribunais tem convergido para uma maior coerência quando o assunto é judicialização da saúde. Isso pode ser demonstrado por meio de decisões judiciais proferidas por tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, as quais têm fixado parâmetros a serem observados na concretização de direitos relacionados ao acesso à saúde. Os parâmetros utilizados pela jurisprudência são: 1) grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; 2) a determinação genérica de fornecimento de medicamento de alto custo inviabiliza o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como prejudica o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e 3) ativismos judiciais nesse âmbito configuram indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Quanto ao cerne do argumento da grave lesão à saúde pública, no momento em que determinado juízo defere tutela liminar de urgência e decide disponibilizar, de maneira ampla e sem ônus, determinados medicamentos, sem a comprovação, por meio de estudos técnicos, da sua utilidade ou necessidade, tem-se uma oneração excessiva dos cofres públicos, e isso diminui sobremaneira a capacidade financeira do Estado de fornecer outros benefícios, igualmente reputados relevantes aos demais membros da sociedade. Ademais, medidas judiciais desse naipe não contam com a respectiva previsão orçamentária para fazer face a esse gasto imprevisto, sem mencionar o fato do “efeito dominó”, quando uma decisão judicial pode gerar precedentes em todo o país.

Para a realização da pesquisa, os autores fizeram uso de fonte bibliográfica e jurisprudencial. No âmbito da pesquisa bibliográfica, foram utilizados livros e artigos científicos de autores reconhecidos nos campos do Direito Constitucional e da Hermenêutica Jurídica. Já, referente à pesquisa jurisprudencial, buscou-se demonstrar como a reserva do possível tem de ser levada em consideração diante da judicialização da saúde.

A pesquisa organizou-se em quatro partes: na primeira fez-se um estudo acerca do neoconstitucionalismo sob a égide do Estado Constitucional de Direito no pós-Segunda Guerra Mundial; na segunda discutiu-se a nova hermenêutica constitucional sob as perspectivas do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo jurídico; na terceira abordou-se a judicialização dos direitos sociais; e na quarta a judicialização da saúde no contexto do mínimo existencial *versus* a reserva do possível.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO, O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Neoconstitucionalismo, de acordo com Sanchís (2007, p. 109), é a constitucionalização dos direitos. Trata-se de uma nova perspectiva de aplicação do Direito Constitucional, de um novo modelo de constitucionalismo e de uma nova realidade constitucional, que possui origem no pós-positivismo, e que deixa de ter apenas como função principal a mera limitação do poder estatal, passando a Constituição a ter força normativa e maior concretização dos direitos fundamentais. Nessa direção, ganha relevo o papel da Constituição Federal no âmbito do ordenamento jurídico, passando a figurar como o centro do sistema jurídico a exercer a

sua força normativa sobre os demais meios legais por intermédio de sua eficácia irradiante, e sendo fundamento de validade para as demais normas.

Observando-se os contextos histórico e social, é possível inferir que o neoconstitucionalismo surge em meio às consequências drásticas do pós-Segunda Guerra Mundial. Por ser fruto desse momento trágico global, o neoconstitucionalismo visa à proteção de garantias essenciais ao homem ante o Estado, posto que os regimes totalitários que atuaram durante essa época foram responsáveis por várias atrocidades contra a dignidade da pessoa humana, principalmente nos campos de concentração alemães.

Diante de tal situação, adveio a necessidade de uma maior aproximação do direito com a moral, visando a proteger a pessoa humana dessas barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, exigindo-se, então, um Estado mais participativo e, principalmente, preocupado com a dignidade da pessoa humana. Para Barroso (2013), o constitucionalismo possui três prismas fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Tais enfoques irão reproduzir a origem, o desenvolvimento e as características do novo constitucionalismo.

Antes da Segunda Guerra Mundial, predominava o Estado de Direito, que era marcado por um sistema legal e positivista em que as leis eram consideradas figuras centrais, responsáveis por normatizar a vida da sociedade, sendo a Constituição um mero coadjuvante político que se restringia ao papel de limitar o poder estatal. Após a Segunda Guerra Mundial surge, então, o Estado Constitucional de Direito, que é considerado o marco histórico do neoconstitucionalismo. Sob o ponto de vista histórico, é o Estado Constitucional de Direito o pós-Segunda Guerra Mundial. O Estado Constitucional de Direito tem como principal característica a força normativa da Constituição. A Lei Suprema passa, então, a ser o centro do ordenamento jurídico, a exercer função fundamentadora das demais normas e se torna o fundamento-presuposto de validade das demais normas do ordenamento político (BARROSO, 2013).

As normas constitucionais, segundo Barcellos (2011), passam a ter natureza axiológica sob o ponto de vista material, por meio da incorporação de valores sociais e políticos em suas regras e princípios, sobretudo naquilo referente aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. As normas constitucionais passam a ter, em razão disso, textura aberta que requer nova realidade na hermenêutica constitucional, em que se destacam os princípios da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, dando azo ao ativismo judicial.

Retomando às concepções do ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso (2013), sob o prisma filosófico, o pós-positivismo é marcado pela aproximação do direito com a moral, devendo o direito estar de acordo e compatível com a moral. Para muitos doutrinadores, tal fenômeno é considerado uma virada kantiana do direito (RADBRUCH, 1962). Isso ocorre em virtude da necessidade de o direito buscar reparar ou evitar que haja violação grave à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, há um debate travado no plano do neoconstitucionalismo entre o direito e a moral, e a síntese disso é o reconhecimento da força normativa dos princípios reputados como de alta carga axiológica, tais como igualdade, Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana. Desse modo, é de se constatar que tais princípios, por terem uma elevada carga axiológica, encontram-se imbuídos de valores morais, e essa aproximação do direito com a moral faz com que o primeiro passe a imprimir força normativa aos valores morais, sendo isto um dos marcos do neoconstitucionalismo (SARMENTO; NETO, 2014).

Para Dworkin (2014), considerado um dos pais do pós-positivismo, há verdadeira aproximação do direito com a moral, de modo que se verifica um condicionamento recíproco entre eles, podendo tal doutrina ter uma tese forte e fraca, concomitantemente. A tese forte entende que, havendo qualquer discrepância entre o direito e a moral, a norma jurídica pode ser invalidada. A tese fraca, por sua vez, considera que a norma jurídica só será considerada inválida caso viole a moral, de tal modo que torne o direito bastante injusto, algo que se contrapõe ao positivismo, que entende ser irrelevante se a norma jurídica é justa ou não. Dworkin entende que a moral atinge o direito no seu ponto existencial, enquanto Alexy (2001) percebe que a moral atinge o direito relativo à sua qualidade jurídica, e não no seu ponto existencial.

Para Barroso (2013), o marco teórico é a força normativa, a supremacia e a nova dogmática da interpretação constitucional. A ideia de força normativa da constituição tem como principal precursor Konrad Hesse (2009), que defendia que deveria haver uma relação de coordenação entre a norma e o fato, a fim de garantir normatividade à constituição. Tal interpretação está relacionada, sobretudo, com o princípio da supremacia da constituição, posto que tal princípio reproduz a ideia de que a Constituição é a *Lex Mater* que figura no topo do ordenamento jurídico.

Desse modo, constata-se que o neoconstitucionalismo promoveu profundas mudanças na estrutura e no modo de pensar do Estado e fez surgir o Estado Democrático de Direito. Tal modelo de Estado preocupa-se mais com a efetivação dos direitos fundamentais, conferindo força normativa à constituição que até então não tinha ocorrido. Tais mudanças foram de suma importância, dentre outras coisas, para a judicialização da saúde, tendo em vista a ampliação da Jurisdição Constitucional, de modo que o Poder Judiciário que, até aí era um mero aplicador de lei, passou a ser importante instituição na efetivação e concretização dos direitos da saúde. Com efeito, a sua jurisprudência passou a influenciar as políticas públicas no campo da saúde.

3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

A doutrina clássica adota o interpretativismo, corrente que entende que o juiz, ao interpretar a norma constitucional, deve se atrelar àquilo que está expresso, ou ao que está claramente implícito na norma. Trata-se de limitação da atuação interpretativa do juiz. Já a corrente não interpretativista entende que o juiz, na interpretação da norma, poderia utilizar-se de valores constitucionais de justiça, não se limitando apenas aos elementos expressos ou àquilo que está claramente implícito; mais do que isso, poderia incluir valores constitucionais na interpretação das normas constitucionais. A partir disso, surgiram vários métodos e princípios, dentre os quais podem se destacar o método clássico, o tópico problemático, o científico espiritual, o normativo estruturante e o método da força normativa da constituição (STRECK, 2009).

Dentre vários métodos hermenêuticos, destacou-se o método da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, na instituição do neoconstitucionalismo. Para tal método hermenêutico, a norma constitucional vai ser interpretada partindo da própria norma, levando em consideração a pré-compreensão do intérprete de modo dinâmico. Em outras palavras, a interpretação da norma constitucional acontece e se desenvolve por meio do movimento

de ir e vir da pré-compreensão da norma constitucional. Tal pensamento dessa hermenêutica constitucional é oriundo da hermenêutica clássica de Heidegger e Gadamer, que defendiam que a interpretação é oriunda de um ciclo dinâmico entre a pré-compreensão e a compreensão, que seriam realizadas de forma sucessiva, a fim de obter o sentido ideal da norma.

Para Konrad Hesse (2009), responsável por desenvolver a concepção normativa da Constituição, esta possui força normativa – essa força normativa acontece por meio de um condicionamento recíproco entre a norma constitucional e o fato – de modo que essa normatividade da constituição surge dessa união da norma junto com a sociedade, garantindo, então, uma maior eficácia da norma perante a sociedade.

Diante disso, o neoconstitucionalismo prega a ideia de que a Constituição está situada no centro do ordenamento jurídico, e todas as demais normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas sob à sua luz. A esse fenômeno atribui-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, característica presente em todas as normas constitucionais. Tal fenômeno se faz presente, inclusive, naquelas denominadas de normas de eficácia limitada, conforme a classificação de Afonso da Silva (2012), ou normas ditas de eficácia complementável, com fulcro na classificação de Maria Helena Diniz (1997). De acordo com Canotilho (2003), não existe norma com grau zero de eficácia, pois todas as normas constitucionais são aptas a produzir efeitos, ainda que inicialmente se limitem a efeitos negativos, tais como efeitos revogatório, inibitório e interpretativo.

Durante essa nova fase da interpretação constitucional, os princípios passaram a ser protagonistas, sendo, para muitos, normas-gênero, cujas espécies são os princípios e as regras. Os princípios, para Dworkin (2014), são denominados mandados de otimização que podem ser satisfeitos de várias formas e em diferentes graus, e possuem força normativa suficiente para revogar normas contrárias ao seu sentido. Esses princípios inibem condutas de incompatibilidade entre si e são utilizados como mecanismo de interpretação, tanto na elaboração das normas infraconstitucionais quanto nas constitucionais, bem como funcionam como ferramenta de parâmetro para controle da constituição, garantindo a sua supremacia.

Desse modo, conclui-se que, até mesmo as normas programáticas, como é o caso das normas de direito sanitário, por possuírem natureza de norma constitucional, podem produzir os seus efeitos, ainda que não regulamentadas, de modo que vincula o Poder Público a observar a sua essência, sendo vedado praticar condutas incompatíveis com tais objetivos constitucionalmente assegurados. Essa mudança de perspectiva decorre, principalmente, da nova hermenêutica constitucional, que atribui a todas as normas constitucionais eficácia vinculativa.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A concepção de judicialização dos direitos sociais reporta à ideia básica de um Judiciário que exerce papel proativo na sociedade, que será partícipe na instituição das políticas públicas bem como na efetivação dos direitos fundamentais (ASENSI, 2010). No mesmo sentido, Dallari (2007) entende que o Judiciário, uma vez provocado adequadamente, seria capaz de participar da formulação das políticas públicas.

Para Asensi (2010), ocorreu uma mudança de postura do Judiciário, posto que, durante o Estado Liberal, essa instituição jurídica exercia postura passiva, o que levou Montesquieu

(2010) a afirmar que o juiz era um mero *bouche de la loi* (boca da lei), uma vez que se limitava apenas a aplicar a lei ao caso concreto, não fazendo qualquer valoração da norma. Era, então, ínfimo o poder interpretativo dos magistrados durante essa época. Desse modo, verifica-se que a judicialização é marcada pela mudança de postura do Judiciário. Tal mudança passou a ser possível, principalmente, após o surgimento do neoconstitucionalismo, em razão da evolução da jurisdição constitucional, onde o Poder Judiciário passou a ser mais atuante e efetivo na busca do bem-estar da sociedade. Essa alteração de postura foi tão significativa que passou de consoante, asseveraram Viana *et al.* (1999, p. 39), “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante”.

Para Barroso (2003), a judicialização é um fenômeno em que as questões políticas e sociais de alta relevância para sociedade passam a ser também resolvidas pelo Poder Judiciário, e não apenas pelas instituições tradicionais, tais como o Congresso Nacional e o presidente da República. Dessa forma, houve uma mudança de perspectiva do Judiciário, que passa a ser palco de debates e discussões acerca de questões importantes da vida social cotidiana, além de participar ativamente da construção do conteúdo legislativo, principalmente por meio do controle de constitucionalidade. Nesse caso, pode o Judiciário, por meio do instituto denominado de interpretação conforme a constituição, atribuir à lei um novo sentido a fim de que seja compatibilizada com o texto constitucional.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS A RESERVA DO POSSÍVEL

A discussão a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial é de suma importância, por se tratarem de institutos jurídicos que, muitas vezes, estão em situação de conflito, de modo que será preciso determinar qual deles irá preponderar no caso concreto. Essa preponderância de um perante o outro gera grande discussão na doutrina para definir qual deles irá prevalecer. Para os adeptos da reserva do possível, o Estado só poderia ser compelido a realizar prestações que sejam concretizáveis sob o ponto de vista econômico. Já para os defensores do mínimo existencial, tais direitos, por estarem relacionados com a dignidade da pessoa humana, deveriam prevalecer, não sendo razoável alegar a mera existência de dificuldade financeira para justificar o descumprimento das obrigações constitucionalmente impostas. De outro modo, tais direitos vinculados à dignidade da pessoa humana, em razão de suas características, deveriam ter prioridade de efetivação. A judicialização da saúde está dentro do contexto do mínimo existencial, uma vez que a saúde é considerada direito fundamental relevante para toda a sociedade, sendo inerente à pessoa humana, e, que, por isso, precisa de maior proteção e prioridade na sua efetivação.

Conforme aduz Sarlet (2012), o mínimo existencial possui origem histórica na doutrina alemã, podendo ser encontrados os seus indícios na Constituição de Weimar de 1919, a qual buscava condições materiais a fim de garantir vida digna para a existência humana. Cumpria ao Estado usar a estrutura adequada para garantir ao homem vida digna e condizente com a sua estrutura biopsicológica. De acordo com Ottor Bachof (1994), o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em várias ordens constitucionais, não reclama apenas direito de liberdade dos indivíduos; exige do Estado a garantia de segurança social por meio de condutas materiais, a fim de garantir ao homem vida digna.

Desse modo, há de se inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana não se limita apenas a prever a existência de direitos; demanda do Estado a necessidade de interferência na garantia do exercício desses direitos, assegurando, por conseguinte, vida digna. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 62) pensa, nesse sentido, que o mínimo existencial é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”, uma “vida saudável”. Diante disso, o mínimo existencial pode ser entendido como a prestação material estatal indispensável que garanta à pessoa vida digna e saudável.

Assim, o mínimo existencial é algo de caráter amplo e abrangente; um conjunto de meios aptos a garantir prestações indispensáveis à sociedade, com o fito de efetivar a dignidade da pessoa humana. A sua concretização exige do Estado que participe ativa e efetivamente na prestação desses direitos fundamentais. Isso é relevante no contexto do direito à saúde, uma vez que deve o Estado tomar todas as medidas cabíveis e adequadas para realizar efetiva política pública capaz de satisfazer o interesse coletivo. A materialização desse fenômeno no direito à saúde pode ser percebido com a criação do Sistema Único de Saúde na distribuição de medicamentos, além da intervenção do Judiciário por meio da judicialização da saúde, podendo, desse modo, aferir-se o caráter amplo desse direito.

Consoante o escólio de Sarlet e Figueiredo (2008), o que se denomina de mínimo existencial não se confunde com mínimo vital ou de sobrevivência. Mínimo Existencial é algo bem mais amplo e engloba situações que permitem às pessoas vida com dignidade e perspectivas. A existência de direitos relativos ao mínimo existencial independe de previsão constitucional. Tal princípio, embora não possua previsão expressa na Constituição Federal de 1988, no entanto, está implicitamente previsto como fundamento da república denominado de dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Assim, a existência do mínimo existencial e sua proteção independem de previsão expressa, uma vez que representam o conjunto de direitos indispensáveis à pessoa humana. Isso explica o caráter amplo da judicialização da saúde, posto que o Judiciário não se limita a concretizar apenas aquilo que está expressamente na lei e na constituição, posto que a satisfação pessoal é algo bem amplo. É o caso do entendimento da jurisprudência pátria, que admite a concessão de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, embora não haja previsão legal, o Poder Judiciário tem autorizado essa prestação, porquanto é necessária e urgente à vida humana, ressaltando, assim, o caráter exemplificativo desses direitos.

De acordo com os ensinamentos de Alexy (2001), as normas constitucionais, que reproduzem os direitos civis e políticos, os denominados direitos de liberdade de primeira geração ou dimensão, precisam garantir não apenas uma mera liberdade jurídica, mas, sim, uma liberdade fática. Nesse sentido, “a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor” (ALEXY, 2001, p. 486). Por assim dizer, não basta ao Constituinte fixar direitos de liberdade ao povo; é necessário que o Estado forneça meios e formas capazes de permitir que os indivíduos possam exercer plenamente os seus direitos assegurados, possuindo uma efetiva liberdade fática e não meramente uma liberdade jurídica.

Nesse viés, no que se refere ao mínimo existencial, não basta ao Estado fixar direitos na constituição; é mister que disponibilize meios capazes de instituí-los. Um exemplo bem importante a respeito do assunto é o direito fundamental à vida previsto na Constituição de 1988:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O direito à vida pode ser visto sob duas acepções: acepção negativa, que se refere ao direito de permanecer vivo, e acepção positiva, de ter vida com dignidade. Essa última acepção é de suma importância para compreender o sentido e o alcance do mínimo existencial, posto que, de acordo com essa vertente doutrinária, o direito fundamental à vida não exige do Estado apenas a preservação da vida do povo, mas algo além disso, que é garantir a esse mesmo povo o direito de permanecer vivo, de exercer a vida com dignidade. Para tanto, cabe ao Estado realizar prestações para propiciar condições fáticas para o exercício dessa vida com dignidade, garantindo a todos o mínimo existencial no exercício desse direito fundamental à vida.

É de se perceber, portanto, que o direito à vida previsto na Constituição de 1988 coaduna-se à ideia de Alexy (2001), que afirma que não basta prever liberdade, é necessário que o Estado crie mecanismos para o exercício efetivo dessa liberdade. Diante disso, não é suficiente prever o direito à vida; é necessário que se criem mecanismos para que se possa exercer a vida com dignidade e respeito ao mínimo existencial. Seguindo o raciocínio do referido filósofo, não é suficiente ao Estado prever política pública voltada ao direito à saúde; mais do que isso, é necessário que o Estado adote medidas fáticas e jurídicas suficientes para que essa política pública produza efetivamente efeitos e objetivos de forma adequada e eficiente.

Diante disso, quando o Estado cria a política pública relacionada à distribuição de medicamentos, ele deve criar mecanismos fáticos e jurídicos que possibilitem a distribuição aos necessitados. O outro pensamento de Alexy (2001) é a forma mais eficiente de se garantir o mínimo existencial, que é conferir a ele o *status* de direito fundamental social. Uma vez que determinado direito possua esse *status* de direito fundamental, ele será protegido de forma mais eficiente, livre do arbítrio e da ingerência estatais.

Essa inteligência de Alexy para a proteção dos direitos relativos ao mínimo existencial, dando a eles o *status* de norma constitucional, funda-se no Constitucionalismo. Este corresponde ao movimento político e social que visa a limitar o poder estatal por intermédio das atribuições de direitos aos indivíduos, posto que, uma vez atribuído direito a alguém, se está diminuindo o espaço de ingerência Estatal. Dessa forma, a maneira mais eficiente de proteger determinadas circunstâncias e situações benéficas aos indivíduos é por meio da sua incorporação pelo Direito. Este deverá limitar efetivamente o poder do Estado, impossibilitando o sacrifício de tais direitos. Sendo assim, a previsão do direito à saúde como direito fundamental social é uma forma de o constituinte proteger mais eficientemente esse importante direito fundamental.

A Teoria da reserva do possível, ou também conhecida como teoria da reserva do financeiramente possível, possui origem na Alemanha, em um precedente judicial no qual estudan-

tes pleitearam o acesso à faculdade de medicina, uma vez que vagas haviam sido limitadas. Os estudantes alegaram o direito de poder cursar a faculdade que almejavam, no entanto, o Tribunal Alemão não reconheceu esse direito, pois, na visão desse tribunal, tal pretensão não era razoável.

Para Sarlet e Timm (2010), a reserva do possível possui como pressupostos a existência e a dotação orçamentária dos recursos. A existência de recursos é um pressuposto fático para que se possa gastar, e a dotação orçamentária é um requisito formal visando a respeitar a responsabilidade financeira, algo a ser alcançado pelo Poder Público, cujo descumprimento acarreta sanções aos gestores públicos, como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual foi criada para estabelecer normas direcionadas à responsabilidade dos gestores em relação às finanças públicas. Os adeptos da reserva do possível, segundo a autora, alegam que não existem direitos fundamentais absolutos, e que a reserva do possível é pautada na aplicação de prestações não razoáveis.

A reserva do possível, para os seus defensores, constitui ferramenta de proteção da intervenção do Judiciário na realização das políticas públicas, posto que, para os seus adeptos, o Judiciário não poderia exigir do Poder Público algo que não é financeiramente possível. Dois dos fundamentos constitucionais na defesa da reserva do possível são a livre-iniciativa e o desenvolvimento econômico, os quais, enquanto princípios constitucionais, devem ser igualmente respeitados. Acresça-se a isso o argumento de que, para a maioria da doutrina, não há hierarquia entre direitos constitucionais.

A atual Constituição Federal busca organizar o orçamento público, e o desenvolvimento do orçamento público acontece por meio das Leis do Plano Plurianual, de Diretriz Orçamentária e Orçamentária Anual. Tais leis complementam-se e conduzem o orçamento público com vistas a organizar a forma de gasto da receita pública, e, caso o gestor descumpra seus objetivos, isso pode acarretar crime de responsabilidade. Essa é a previsão do artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece que é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem prévia dotação orçamentária, acarretando o seu descumprimento crime de responsabilidade nos termos do artigo 85, VI, da Constituição Federal. Essa dotação orçamentária do Poder Público possui limites a serem observados. Para Scaff (2005), existem limites constitucionais a serem seguidos, tais como o princípio da legalidade, a capacidade contributiva, a anterioridade e a noventena. Além do mais, há algumas destinações específicas na lei. O artigo 212 da Constituição Federal estabelece a destinação de uma porcentagem do recurso público para a manutenção do ensino, e o artigo 198, § 2º, da Constituição Federal estabelece um percentual a ser destinado à saúde.

Diante disso, o administrador não possui discricionariedade absoluta e não pode escolher a forma que lhe convém no que se refere aos gastos dos recursos públicos, pelo que deve observar certos limites, dentre eles tributários, de destinação e até mesmo aquilo que se refere aos direitos da dignidade da pessoa humana. A propósito disso, o Poder Judiciário tem fixado parâmetros¹ para a concessão de tutelas liminares de urgência no que diz respeito

¹ V. o seguinte julgado, da lavra do Exmo. sr. min. Gilmar Mendes: STF – STA: 334 SC, Relator: min. presidente, Data de Julgamento: 16/4/2010, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 23/4/2010 PUBLIC 26/4/2010.

ao Direito à saúde. Como visto na introdução deste trabalho, a reserva do possível justifica-se sob os seguintes argumentos:

- 1) possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas;
- 2) o fornecimento de medicamento de alto custo pode inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como pode prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e
- 3) decisões judiciais que deferem tutelas liminares de urgência podem configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Quanto ao argumento de grave lesão à saúde pública, quando o Poder Judiciário decide por deferir pleitos liminares de elevado custo econômico para os cofres públicos, sem a prévia análise técnica da utilidade e/ou da eficácia da medida, atinge diretamente a capacidade financeira do Estado e acaba por comprometer o fornecimento de outros benefícios, também considerados relevantes para a coletividade. Ademais, essas decisões judiciais não contam com a respectiva previsão orçamentária e isso pode levar todo o sistema ao colapso. Sendo assim, defende-se que juízes, quando diante de pleitos relativos a direitos fundamentais, atentem para a reserva do possível, sob pena de causarem um mal maior a toda a sociedade.

Por fim, não se pode olvidar que a gestão do Sistema Único de Saúde deve respeitar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde. O sistema, todavia, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos, os quais são reconhecidamente escassos, da forma mais eficiente possível. Obrigar o Poder Público a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o fenômeno da judicialização da saúde dentro da perspectiva do mínimo existencial e da reserva do possível. Nesse sentido, verificou-se que há constante colisão entre eles. Em razão disso, o direito à saúde, por se tratar de direito fundamental relacionado ao mínimo existencial, deveria preponderar. Tal raciocínio, no entanto, não pode ser aplicado de forma desproporcional, uma vez que não há direito fundamental absoluto. Nesse caso, deve-se aplicar o princípio hermenêutico da ponderação ou da concordância prática.

A relevância do tema é indiscutível, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, a judicialização dos direitos fundamentais é algo constante por meio do ajuizamento de ações judiciais, em especial a judicialização da saúde. Nessa perspectiva, a judicialização da saúde pode ser compreendida como fenômeno em que os indivíduos passam a acessar o Poder Judiciário individualmente, com o objetivo de pleitear algum direito relacionado com a saúde, o qual foi sonegado pelo Estado. O Poder Judiciário, por sua vez, deve respeitar algumas balizas sob pena de comprometer todo o sistema estatal.

Os parâmetros mencionados no texto, em que o Poder Judiciário deve se pautar, são: 1) possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; 2) o fornecimento de medicamento de alto custo pode inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como pode prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e 3) decisões judiciais que deferem tutelas liminares de urgência podem configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Nesse vértice, o Poder Judiciário deve observar o princípio da proporcionalidade, uma vez que, em razão do Estado Democrático de Direito, são vedadas condutas abusivas bem como a violação ao princípio da separação dos poderes. Desse modo, cabe a esse Poder da República, nas lides relacionadas com o direito à saúde, analisar de forma adequada o caso concreto, a fim de deferir ou não a tutela jurisdicional pretendida, desde que não onere em demasia os cofres públicos e não colida com outros direitos ou interesses. Desse modo, é de se concluir que a judicialização da saúde corresponde a importante instrumento na efetivação dos direitos fundamentais, porém tal instituto deve ser efetivado de forma responsável pelo Poder Judiciário.

Além do mais, verificou-se que o Estado deve investir cada vez mais em ações preventivas de saúde, como saneamento básico, pois esses investimentos impactam diretamente na diminuição do número de pessoas doentes. Dessa forma, demonstra ser uma política pública eficiente, e que também beneficia a sociedade civil como um todo. Na mesma linha de argumentação, ressalta-se a importância de se incentivar e de se desenvolver ações coletivas, uma vez que estas impactam positivamente no bem-estar da população de um modo geral, e não se limita apenas àqueles que conseguem acessar o Judiciário.

7 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Version E. Garzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ASENSI, F. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, 2010.
- BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* 1. ed. Coimbra: Almedina, 1994. 92 p.
- BARCELLOS, Ana Paula de *et al.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 412.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 418.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 25-50, mar. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, dez. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Lei 8.090 de 19 de setembro de 1990*. Lei do SUS.
- BRASIL. *Portaria 3916 de 30 de outubro de 1998*. Política Nacional de Medicamentos.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2003.
- CLÉVE, Clémerson Merlin *et al.* Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 205-266. V. 1.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 166.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 2014. p. 536.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabri Editoras, 2009.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito da lei*. Tradução Roberto Leal Ferreira. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palesta Editores, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 18 fev. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel; NETO, C. Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum 2014.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, João Pessoa, n. 4, jan./dez. 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 594.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.