

O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial

Judicial Control of Health Public Policies

Ana Luiza Lima Fazza*

Sumário

1. Introdução. 2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde. 2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida. 2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios. 2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde. 2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde. 3. O Direito à Saúde frente à Escassez de Recursos do Estado. 3.1. As Espécies de Escassez de Recursos. 3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. 4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde. 4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários. 4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde. 4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais. 4.2.2.3. Escassez de Recursos. 4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais. 4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais. 4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros. 4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial. 4.2.3.4. Teoria da Necessidade. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar o papel do Poder Judiciário e a possibilidade de sua interferência junto aos demais Poderes na concretização do direito fundamental à saúde. A partir da leitura dos ensinamentos de DWORKIN (2010) e utilizando como marco teórico a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY (2011), chega-se à ilação de que o direito à saúde está positivado em uma norma-princípio, devendo ser concretizado por estar diretamente ligado à manutenção da vida humana, surgindo daí a exigência de sua universalidade. Posto isso, incumbe ao Legislativo – na elaboração das leis orçamentárias – e à Administração Pública – quando da execução das políticas públicas traçadas, diante de uma escassez natural severa, proceder a escolhas alocativas que tornem suficientes os recursos destinados à eficácia deste direito a todos. Diante da normatividade constitucional e da fundamentalidade do direito em questão, constata-se que o controle judicial dos atos administrativos que

* Advogada, Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG.

materializam as políticas públicas de saúde, inclusive com a prolação de sentenças mandamentais, é imprescindível quando a Administração deixar de efetivar tal direito em conformidade com o planejamento efetuado.

Abstract

This current paper intends to analyse the judicial review of administrative acts that materialise health public policies. Taking into account the Dworkian theory and using Alexy's theory of constitutional rights as a point of departure, it is known that health is a standard cast-principle, intimately connected to protection of human life and also to right to health, what sustains its universality. Therefore, the Legislative, when elaborating budget and financial management laws, and the Public Administration, when executing the established public policies, should, whilst facing a natural resources severe shortage, allocate resources in a way that those resources fulfill the effectiveness of those rights to the whole community, since they are vital to human life preservation. As a result, in a context of constitutional effectiveness and fundamental rights, judicial review of the referred administrative acts is proved to be highly necessary, specially when Public Administration neglect the effectiveness of health rights.

Palavras-chave

Saúde. Núcleo Essencial. Políticas Públicas. Recursos Financeiros. Controle Judicial.

Keywords

Health. Essential Core. Public Policies. Financial Resources. Judicial Review.

1. Introdução

O presente trabalho aborda o papel do Poder Judiciário na materialização do direito constitucional à saúde quando da omissão da Administração Pública em concretizá-lo, uma vez que é dever do Estado garanti-lo como reflexo do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como uma exigência da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Nesta perspectiva, algumas questões nortearam o estudo: a partir da dicotomia estabelecida por Alexy (2010), o direito fundamental à saúde é uma norma-regra ou uma norma-princípio? Ainda, analisando a exigibilidade do direito à saúde, é possível o controle do Poder Judiciário sob a Administração Pública, sobretudo diante da carência de políticas públicas efetivas para sua concretização? E, em caso afirmativo, como compatibilizar o controle jurisdicional com o princípio da separação de poderes e o princípio da reserva do possível?

Tratando-se de um direito assegurado constitucionalmente, erigido ao *status* de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, a saúde deve ser uma das principais preocupações dos governantes. Contudo, por vezes tal direito é marginalizado, sobretudo pela ausência de políticas públicas efetivas por parte da Administração Pública, utilizando-se como principal escusa a alegação da escassez de recursos (princípio da reserva do possível). Daí surge a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2010) para o presente trabalho, funcionando como diretriz para a solução das questões suscitadas. Estabelecendo-se a natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde – se regra ou princípio, pode-se determinar o grau de sua vinculatividade. A partir daí, permite-se traçar as diretrizes da atuação jurisdicional na concretização deste direito fundamental.

Frente à coexistência de direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, surgirão conflitos aparentes entre os mesmos. Sendo o direito à saúde um princípio, quando da colisão com outro direito fundamental, admitirá ponderações, de forma que, em determinada situação, poderá haver a necessidade de concretização de um outro direito fundamental em detrimento do direito à saúde. Admitida a possibilidade do controle judicial, caberá a este a verificação da legitimidade desta restrição à luz do princípio da proporcionalidade, analisando-se também a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador.

Por outro lado, sendo o direito à saúde uma regra, será norma absoluta, exigível na medida do tudo ou nada. Quando em conflito com outro direito fundamental, o direito à saúde prevalecerá, devendo ser concretizado em sua integralidade, isto é, na medida do tudo. Neste caso, o controle judicial cuidará para a efetiva aplicação do direito, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer, mostrando-se igualmente pertinente.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar se e como o Judiciário deve agir frente à omissão do Poder Público na consecução de políticas de saúde. Para tanto, invocou-se a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), com a delimitação da natureza jurídica do direito à saúde e o grau de sua vinculatividade. Ainda, pretende-se fixar o conteúdo mínimo do referido direito, analisar sua exigibilidade frente às possibilidades fáticas (princípio da reserva do possível) e jurídicas (máxima da proporcionalidade) existentes e, por fim, apresentar os fundamentos que permitem o controle judicial.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo de estudo e o tipo de investigação jurídico-teórica, enfatizando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o objeto de estudo, além da adoção de alguns conceitos.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de vários doutrinadores renomados como Alexy (2011), Dworkin (2010), Canotilho (2002), Duarte (2011), Barroso (2008), Lopes Júnior (2005), Barros (2008), entre outros.

2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde

2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida

O Estado Liberal trouxe a primeira dimensão dos direitos fundamentais, demarcada pela autonomia individual e pela ausência da intervenção estatal. Porém, tais direitos foram insuficientes para a promoção de uma verdadeira igualdade, vez que a garantia de liberdades individuais (direitos civis e políticos) serviu como uma forma de opressão da burguesia sobre os trabalhadores.

Na tentativa de se buscar uma igualdade material entre os indivíduos, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social, surgindo com ele a segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos sociais. No rol destes direitos, encontra-se o direito à saúde, que, por sua vez, está intimamente ligado ao direito à vida.

Conforme salienta Duarte (2011):

(...) Deve-se ver que o direito à saúde consiste numa segunda dimensão ou num desdobramento do direito fundamental à vida, que o contempla e o amplia. Desta forma, o direito fundamental à saúde possui uma área de coincidência com o direito individual à vida; portanto, o direito à vida encontra-se inserido no direito à saúde, sendo este último, porém, mais amplo que o primeiro.¹

O direito à saúde é amplo, estando nele inserido o direito à vida. Assim, em determinadas situações, a tutela da saúde coincidirá com a própria tutela da vida humana; em outras, a tutela da saúde garantirá uma sadia qualidade de vida, mas sem comprometer a existência humana.

Tal constatação permite diferenciar as demandas de saúde de primeira necessidade e as demandas de saúde de segunda necessidade. Estas dizem respeito a todas as demandas que não apresentam conexão direta com a preservação da vida humana. Aquelas representam todas as demandas de saúde que estão diretamente ligadas ao direito à vida, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo, a garantia de condições sanitárias adequadas, dentre outras.

O Estado tem o dever de assegurar o acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde, atendendo tanto as demandas de primeira necessidade quanto as de segunda necessidade. Tal dever está positivado no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e demanda uma dupla atuação estatal, qual seja, a exigência da elaboração de leis veiculadoras de políticas públicas e a concretização destas políticas mediante a alocação de recursos públicos.

¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde. 1ª ed. 2011.p. 36.

A celeuma surge justamente quando o Estado deixa de cumprir com seu dever constitucional, alegando muitas vezes a insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas de saúde. Nestas hipóteses, há ou não para o particular a possibilidade de exigir do Estado, pela via judicial, a efetivação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde? A resposta a este primeiro questionamento depende inicialmente da análise da natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde, que será tratada a seguir.

2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios

Para a delimitação da estrutura da norma do direito fundamental à saúde, é necessário realçar a importante dicotomia existente entre regras e princípios trazida por Alexy (2011) em sua teoria dos direitos fundamentais, já que, como salienta o próprio autor, tal diferenciação “corresponde a um ponto de partida e de resposta para as dúvidas acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.²

Para Alexy (2011), tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, vez que ambos ditam o dever-ser, trazendo permissões e proibições. Apesar de o autor apresentar vários critérios já existentes para distingui-los, refuta-os, acreditando que entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa – toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Segundo o autor (2011):

Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas; estes contêm mandamentos *prima facie*, apresentando razões que podem ser perfeitamente afastadas. Por conseguinte, regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível³.

Nesta esteira, Dworkin (2010) também traz uma importante distinção entre regras e princípios. Para ele, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica – distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Segundo o autor:

² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. p. 90. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.

³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios são padrões que devem ser observados por representarem uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. (...) Em um mesmo caso, poderá haver outros princípios que argumentem em direção oposta, e o princípio em tela pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico.⁴

Na linha do que foi exposto, a dicotomia entre princípios e regras é realçada na aplicação concreta da norma jurídica. A norma-princípio admite o cumprimento gradual, ou seja, a depender do caso concreto, pode ser satisfeita em maior ou menor intensidade. Por outro lado, uma norma-regra somente admite o cumprimento pleno, de forma que, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada e concretizada integralmente.

A diferenciação também pode ser notada quando incidem simultaneamente no mesmo caso concreto vários princípios ou várias regras, falando-se em colisões entre princípios e em conflitos entre regras. Segundo Alexy (2011), o conflito entre regras é solucionado mediante uma dimensão de validade: deve-se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que permite afastar a hipótese normativa diante de algum fato. Se ainda assim a solução do conflito não for possível, pelo menos uma das regras contraditórias deve ser declarada inválida. A outra, válida, será aplicada na sua integralidade. Já a colisão entre princípios é solucionada segundo uma dimensão de peso – há um sopesamento entre interesses conflitantes, resolvido pela máxima da proporcionalidade. Se dois princípios colidem no caso concreto, apenas um deles irá prevalecer. Porém, isso não significa que um princípio deva ser declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção; na verdade, como os princípios têm pesos diferentes, o princípio de maior peso ganhará precedência em face do outro em determinado caso concreto.

Na mesma linha de Alexy (2011), Dworkin acentua que:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior; já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.⁵

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. p. 42. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

Estabelecida a diferenciação entre regras e princípios e os métodos utilizados para a solução das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras, torna-se importante analisar o direito fundamental à saúde e o seu enquadramento como norma-regra ou norma-princípio, bem como a importância desta classificação para a exigibilidade de políticas públicas de saúde perante o Poder Judiciário quando da omissão do Estado na sua formulação.

2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde

A doutrina positivista analisava as normas considerando-as ou como um imperativo categórico, com alto grau de vinculatividade, impondo ao Poder público o dever de prestar todo e qualquer serviço concretizador de um direito social (o que seria inviável visto a escassez de recursos e o custo dos direitos); ou como normas programáticas, funcionando apenas como mera diretriz de atuação do Poder Público, sem estabelecer comandos de atuação.

Superando o Positivismo, o Pós-Positivismo passa a reconhecer a força normativa da Constituição, conferindo caráter imperativo tanto aos princípios quanto as regras positivados constitucionalmente, abandonando-se o caráter programático das normas. Assim, surge para o Estado o dever de agir conforme os preceitos constitucionais, de forma que os direitos fundamentais, sejam eles consagrados por normas ou princípios, passaram a demandar uma observância imperativa.

Contudo, apesar da obrigatoriedade criada para o Estado, surgem diferenças práticas na concretização dos direitos fundamentais conforme estes estejam esculpido em normas-regras ou em normas-princípios. Conforme já salientado, o direito à saúde encontra-se positivado no artigo 196 da Constituição Federal, sendo importante neste ponto do estudo definir qual a natureza desta norma e quais as consequências práticas daí advindas, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Assim preceitua o dispositivo:

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 recuperação⁶.

Enquanto norma-princípio, ao Poder Público seria imposto o dever de concretizar o direito à saúde na maior medida do possível, mas, ao encontrar-se em conflito com outros direitos sociais, sobretudo por inexistir recursos financeiros para atender a todos os direitos fundamentais, seria admitido o seu sopesamento segundo a máxima da proporcionalidade, não sendo, portanto, um direito absoluto.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 196.

Enquanto norma-regra, o direito à saúde seria absoluto, devendo ser concretizado à maneira do tudo ou nada. Sendo a norma constitucional uma regra válida, deve o Estado fazer exatamente aquilo que ela exige. Assim, a saúde deveria ser tratada com prioridade em relação aos outros direitos fundamentais sociais assegurados, garantindo-se a preferência na formulação de políticas públicas e na destinação de recursos para atendê-las.

A Constituição da República Federativa Brasileira pode ser classificada como analítica ou prolixa, na medida em que aborda todos os assuntos fundamentais assim considerados pela Assembleia Constituinte. Nesta exata medida, a Carta Magna se preocupa exaustivamente com os direitos fundamentais, positivando uma gama de direitos e, além disto, reconhece a existência de direitos fundamentais implícitos. A mesma consagra o direito à saúde, mas igualmente delega proteção a outros direitos fundamentais, tais como a moradia, a alimentação, o transporte, o trabalho, entre outros.

Com a expansão dos direitos fundamentais, não raras serão as colisões entre direitos pertencentes a titulares diversos. Tais colisões podem ser classificadas em colisões de direitos em sentido estrito, quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito pertencente a terceiro, e colisões de direitos em sentido amplo, quando o exercício de um direito conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção de um direito qualquer por parte do Estado.

Tomando como enfoque as colisões de direitos em sentido amplo e a dicotomia estabelecida entre regras e princípios, chega-se à ilação de que o direito fundamental à saúde está esculpido em uma norma-princípio. Tendo natureza de norma-regra, o direito à saúde deveria ser concretizado na medida do tudo ou nada. Contudo, impor ao Poder Público a efetivação integral do direito à saúde (tudo) comprometeria a concretização dos demais direitos fundamentais, principalmente frente à escassez de recursos, esvaziando-se o conteúdo da Constituição. Por outro lado, estando o direito à saúde intimamente ligado ao direito à vida, afastar a sua proteção (nada), dando-se destaque a outros direitos, seria macular a própria *ratio* constitucional.

A partir do momento em que se reconhece uma pluralidade de direitos fundamentais, é imperioso concluir que todos ostentam caráter jusfundamental. Nesta linha, a compreensão do direito à saúde como uma norma-princípio é a que melhor compatibiliza a necessidade de consagração pela Administração Pública, na medida do possível, do maior número de direitos fundamentais. Assim, frente à técnica de solução de conflito entre princípios abordada no presente trabalho, havendo um conflito entre o direito à saúde e outro direito fundamental, é possível que aquele sucumba frente a este em determinado caso concreto. Lado outro, situações haverá em que será imperiosa a prevalência do direito à saúde. Em ambos os casos, exigir-se-á sólida argumentação sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento do outro, evitando-se arbitrariedades por parte do administrador.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, deve ser concretizado, na maior medida do possível, pela Administração Pública mediante a elaboração de

políticas públicas eficazes. Contudo, admitida a possibilidade de restrição do mesmo em determinados casos, torna-se importante delimitar os parâmetros para que tal restrição seja válida e legítima. Em primeiro lugar, a restrição ao direito deve ser proporcional. Segundo, a restrição não poderá esvaziar totalmente o conteúdo essencial do direito em análise. Nesta linha, o núcleo essencial representa um “limite do limite”, impedindo que a restrição do direito comprometa o seu conteúdo.

O Pós-Positivismo tornou os princípios vinculantes e obrigatórios, não sendo mais meros vetores do ordenamento jurídico e/ou supressores de lacunas. O direito à saúde, enquanto princípio, admitirá ponderações, contudo, não poderá ser esvaziado completamente, demandando-se a proteção ao seu núcleo essencial. Aqui, não haverá margem de discricionariedade para o Administrador, que deve formular políticas públicas e destinar verbas para garantir o núcleo essencial do direito à saúde, não podendo invocar a escassez de recursos para se escusar do cumprimento destas obrigações prioritárias. Somente depois de atendido o núcleo essencial do direito é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outras políticas públicas se deve investir.

O controle jurisdicional sobre a Administração Pública ganha relevância frente ao conflito entre direitos fundamentais. Neste caso, a restrição ao direito fundamental à saúde seria avaliada pelo Poder Judiciário, mediante um juízo de proporcionalidade, verificando-se a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador. O princípio da proporcionalidade, proibindo a proteção deficiente, permitiria ao Judiciário fiscalizar os atos estatais excessivamente insuficientes para promover o direito. Ao Judiciário caberia também zelar pela efetiva consagração do núcleo essencial do direito à saúde, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer – a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Neste ponto, torna-se importante delimitar o conteúdo do núcleo essencial do direito à saúde e a sua consequente exigibilidade à luz dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, uma vez que não se revela razoável permitir seu incremento em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Entretanto, a mera alegação da escassez de recursos também não pode servir de escusa para a não consecução do direito fundamental.

2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde

Conforme já salientado, o direito social à saúde é apresentado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) com a natureza normativa de princípio, mas também é indubitável o reconhecimento da força normativa do seu núcleo essencial, que não poderá ser esvaziado. Neste diapasão, novamente está demarcada a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011) como referencial teórico deste trabalho.

O conteúdo mínimo essencial de um direito fundamental representa um núcleo permanente e intangível, que não pode ser afetado, sendo por isso considerado um “limite dos limites”. Quando há um conflito entre direitos fundamentais, em primeiro lugar, deve-se verificar se a restrição a determinado direito é aceitável de acordo com o princípio da proporcionalidade. Em seguida, deve-se analisar se a restrição não esvaziou o núcleo essencial do direito, sob pena de não se admitir tal limitação.

À luz deste conceito, devido à relevância do bem jurídico tutelado, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e na preservação da vida humana. Conforme já exposto, o direito à vida está contido no direito à saúde. Assim, todas as ações e direitos que estiverem diretamente ligados à manutenção da vida humana, as chamadas demandas de saúde de primeira necessidade, estarão contidos no núcleo essencial do direito à saúde, passando a vincular os poderes públicos.

Deve a Administração Pública cuidar para que estas demandas sejam atendidas com prioridade. Contudo, em caso de inércia do Poder Público na formulação de políticas públicas ou má alocação de recursos públicos para a consagração do direito à saúde, ao Poder Judiciário será dada a missão de coibir a omissão administrativa.

Muito se destacou a importância do conteúdo mínimo do direito, que não poderá ser restringido em hipótese alguma, cabendo ao Poder Judiciário evitar que as limitações aos direitos fundamentais comprometam esse núcleo intangível. Estando as demandas de saúde de primeira necessidade contidas no núcleo essencial do direito à saúde, merecerão plena guarida em juízo, não ocorrendo a alegação da escassez de verbas pela Administração Pública, funcionando o controle judicial como garantia da eficácia do direito à saúde, podendo ser determinada a alocação de recursos, a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Ultrapassado o núcleo essencial do direito à saúde, surgirão as demandas de saúde de segunda necessidade. Mesmo nestas hipóteses, o Estado tem o dever de realizar políticas públicas e destinar recursos para atendê-las. Ocorre que, frente à natureza de norma-princípio do direito à saúde e reconhecida a escassez de verbas, não estando em jogo a vida humana, a Administração gozará de certa liberdade na formulação de ações governamentais e alocação de recursos, podendo atender outros direitos igualmente fundamentais. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário poderá interferir sob o viés da proporcionalidade, aferindo a legalidade e/ou razoabilidade da escolha, pois não lhe é dado se imiscuir no mérito administrativo – margem de conveniência e oportunidade de que goza o administrador no desempenho de sua atividade.

Frente à existência de uma variedade de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, por vezes a concretização dos mesmos resta prejudicada pela insuficiência de recursos financeiros do Estado. Assim, relevante faz-se o enfrentamento da questão da obrigatoriedade das ações de saúde à luz do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, delimitando-se em que medida tal alegação é

viável ou passa a ser arbitrária e em que hipóteses o Poder Judiciário poderá realizar o controle das escolhas administrativas, já que a Administração Pública é livre para formular as políticas públicas de saúde, desde que tenha como foco principal a universalidade, prevenção e igualdade.

3. O Direito à Saúde Frente à Escassez de Recursos do Estado

Conforme exposto no capítulo anterior, é dever do Estado garantir o direito à saúde de todos. No cumprimento de seu mister deve elaborar políticas públicas e alocar recursos públicos para atendê-las. Contudo, o principal argumento levantado pela Administração Pública para a não consecução de ações de saúde é a limitação financeira, representando a reserva do possível um entrave para a consagração do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais sociais.

Neste capítulo, analisar-se-á o princípio da reserva do possível, sua repercussão na consagração do direito à saúde e no controle judicial das políticas públicas, sua ponderação à luz do princípio do mínimo existencial, bem como em que momento a reserva do possível figurará como uma escusa legítima ou como uma alegação arbitrária.

3.1. As Espécies de Escassez de Recursos

Elster (1992) explica que:

(...) A escassez pode ser em maior ou menor grau, natural, quase-natural ou artificial. Quando nada puder ser feito para eliminá-la ou para aumentar a oferta do bem muito escasso, será considerada uma escassez natural severa (...). Será, entretanto, uma escassez natural suave quando nada puder ser feito para que o bem escasso seja disponível para todos, mas já o for para a maioria dos que precisam deles (...). Já quando a oferta do bem puder ser incrementada, mesmo que ainda sem atingir a satisfação integral de todos, por condutas não coativas dos cidadãos, estar-se-á diante de uma escassez quase natural. Por fim, a escassez será artificial quando medidas puderem ser tomadas pelo Estado para deixar o bem disponível a todos⁷.

A escassez de recursos financeiros representa uma escassez natural suave quando o Estado, diante do aumento da arrecadação de tributos ou da reformulação do orçamento, consegue angariar recursos para satisfazer totalmente as demandas.

⁷ ELSTER, Jon. *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21. Também Berlinguer (BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Traduzido por Lavínia Bozzo Agilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004, p. 252).

Por outro lado, há uma escassez natural severa quando, mesmo se adotando as medidas expostas, o Estado permanece incapaz de satisfazer as demandas em sua integralidade. No Brasil, pode-se afirmar que há uma escassez natural severa, uma vez que os recursos orçamentários não são suficientes para satisfazer inteiramente todos os direitos fundamentais.

Certo é que, diante desta escassez, cabe à Administração Pública a importante missão de decidir sobre a alocação dos recursos, de forma a distribuí-los de maneira justa e atender o maior número de demandas possíveis. Apesar de os direitos sociais serem instrumentos de promoção de equidade social e da dignidade humana, não se revela razoável permitir seu incremento às custas do endividamento público.

Na insuficiência de recursos para atender a todas as demandas de saúde, deverão ser priorizadas as demandas de saúde primeira necessidade, vez que imperativa a proteção do núcleo essencial do direito à saúde. Já na efetivação das demandas de saúde de segunda necessidade, a Administração gozará de certa discricionariedade na alocação de recursos para atendê-las. Novamente, caberá ao Poder Judiciário cuidar para que as escolhas alocativas da Administração, em ambos os casos, sejam feitas dentro de determinados parâmetros, o que será objeto de análise ainda neste capítulo.

3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe à Administração Pública uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos fundamentais positivos, quando existirem recursos públicos para tanto. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal, vez que o Estado não pode ser obrigado a agir para além de sua capacidade econômica e financeira.

Segundo Sustain e Holmes:

Todos os direitos, desde os que dependem de atuação positiva até aqueles negativos ou de defesa, implicam custos para o Estado. E, diante disso, nenhum direito será absoluto, mas dependerá dos recursos econômicos do Estado para serem realizados. Somente existirão direitos onde o fluxo orçamentário os previr⁸.

Contudo, conforme será exposto neste tópico, a alegação da reserva do possível nem sempre será legítima, principalmente quando analisada à luz do mínimo existencial. Este, por sua vez, visa garantir condições mínimas de existência humana

⁸ HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999. p. 94.

digna, demandando o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos. O núcleo essencial de um direito não é preestabelecido, sendo fixado no caso concreto após a realização de um juízo de proporcionalidade, que permitirá ampliar ou restringir o seu conteúdo essencial. Frente aos direitos positivos (direitos sociais), impõe-se ao Estado que ofereça condições para a eficácia plena do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

A reserva do possível é invocada muitas vezes pelo Estado para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Em algumas hipóteses, a insuficiência de recursos legitimará a omissão estatal; em outras, funcionará como uma escusa arbitrária, não merecendo prosperar. Nesta esteira, Canotilho já adverte:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos⁹.

Dada a pluralidade de direitos fundamentais e reconhecida a insuficiência de recursos para supri-los, cabe à Administração Pública proceder uma alocação de recursos que garanta de forma mais eficiente os direitos fundamentais. Frente à impossibilidade de concretização integral de todos os direitos, faz-se necessária a adoção de um critério para delimitar até qual momento a falta de verbas poderia impedir a concretização de um direito fundamental. É neste contexto que o mínimo existencial se liga ao princípio da reserva do possível: apesar de existirem limites financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, o mínimo existencial deve sempre ser atendido, não vingando a alegação da escassez de recursos. Por outro lado, concretizado o mínimo existencial, o princípio da reserva do possível poderá servir como limite válido para a insuficiência de políticas públicas de saúde.

Novamente, surge a importância de se definir a norma positivadora do direito à saúde como uma norma-princípio, sempre atentando para a consagração plena de seu conteúdo essencial. Frente a um conflito entre o princípio do direito à saúde e o princípio da reserva do possível, a Administração poderá realizar um sopesamento frente às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, contrapondo os recursos disponíveis e a necessidade de atendimento às demandas de saúde.

Apesar de o Estado ter o dever de garantir a saúde de todos, goza de certa margem de discricionariedade, podendo empregar os recursos na consecução de

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

outros direitos fundamentais igualmente essenciais, sendo legítima a alegação da reserva do possível para afastar qualquer responsabilidade dos governantes. Contudo, nestes casos, para que haja a derrogação da tutela do referido direito, é imperiosa a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Impede-se, com isso, que a insuficiência de verbas reduza os direitos sociais a uma garantia constitucional utópica.

Por outro lado, é inegável que qualquer restrição a um direito fundamental se dê com base em um juízo de proporcionalidade, preservando-se seu núcleo essencial, conteúdo intangível do direito. Neste caso, o direito à saúde precederá o princípio da reserva do possível. As demandas de saúde de primeira necessidade, como reflexo do direito à vida, devem ser implementadas integralmente, não havendo margem de discricionariedade para a Administração Pública, vez que o núcleo essencial do direito à saúde é intangível, devendo ser preservado em qualquer hipótese. Será ilegítima a invocação da escassez de recursos como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. A distinção é importante para que o respeito ao direito à saúde não se dê às custas do endividamento público.

Levado ao Poder Judiciário determinada demanda envolvendo o direito à saúde, a solução da celeuma deverá permear-se pela dicotomia explanada: sendo uma demanda de saúde de primeira necessidade, a prestação jurisdicional é imperativa; a escassez de recursos, ainda que comprovada, não legitimará a inércia do Estado, podendo o Judiciário determinar a realização de uma política pública, a alocação de recursos ou o atendimento a determinado pleito individual. O mínimo existencial prevalecerá sobre o princípio da reserva do possível. Por outro lado, sendo uma demanda de saúde de segunda necessidade, se a escolha do Poder Público foi proporcional, atendendo a outros direitos fundamentais relevantes, será legítima a alegação da reserva possível. Assim, ultrapassado o mínimo existencial, o controle judicial na realização de políticas públicas somente será admitido se as opções da Administração Pública se mostrarem desde logo ilegais e/ou desarrazoadas ou quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos.

4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde

4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários

Os atos administrativos vinculados impõem ao administrador uma atuação em conformidade com a lei. Assim, à luz do princípio da legalidade, a Administração Pública somente poderá fazer ou deixar de fazer algo quando autorizada por lei.

Quando o administrador extrapola os limites legais, o ato administrativo estará eivado de ilegalidade, sendo passível de anulação, pela própria Administração Pública, de ofício, com base no princípio da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Por sua vez, os atos administrativos discricionários conferem uma margem de atuação ao administrador, que poderá realizar as escolhas que considerar conveniente e/ou oportuna (mérito administrativo). Quando o ato deixa de ser conveniente e oportuno, a Administração Pública poderá proceder a sua revogação. Contudo, a discricionariedade como poder da Administração deve ser exercida consoante determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público. Assim, preservado o mérito administrativo, permite-se também o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários caso as escolhas do administrador se revelem desde logo desproporcionais, ofendendo a lei e a Constituição Federal.

Enquanto ato administrativo discricionário, à Administração Pública incumbe a importante missão de elaboração e efetivação de políticas públicas, assim consideradas como um conjunto de ações e omissões que visam à proteção e promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo o resultado da ponderação entre interesses conflitantes e recursos públicos limitados. Porém, nem sempre esta atividade é desempenhada corretamente, seja pela ausência de um planejamento para a materialização destas políticas, seja pela insuficiência de verbas para atender a todas as demandas.

É neste contexto que o controle judicial dos atos discricionários ganha extrema importância, aferindo a constitucionalidade e/ou legalidade das escolhas feitas pela Administração, cuidando para que haja um adequado planejamento do gasto das verbas e correta execução das políticas públicas em prol do atendimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos positivos e direitos negativos. Os direitos que detém uma eficácia negativa criam para o Estado um dever de abstenção, de não intervenção; este apenas se apresentará como garantidor ou protetor dos mesmos quando ocorre sua violação. Por outro lado, os direitos que apresentam uma eficácia positiva, tal como os direitos sociais, impõem ao poder público uma obrigação de fazer, exigindo uma efetiva atuação deste para garantir seu exercício.

Frente aos direitos sociais, a Administração Pública assume uma obrigação de garantia, de proteção, de fomento e de realização. Sendo o direito à saúde um direito social e, portanto, um direito fundamental positivo, o Estado tem o dever de garantir ao indivíduo a plena realização do mesmo, seja protegendo-o contra violações, seja através da prestação de serviços públicos à coletividade, fornecendo adequado serviço de saúde pública, medicamentos, atendimento por profissionais capacitados, adequado serviço de saneamento básico, entre outros.

Reconhecida a impotência do poder público na concretização do direito à saúde, surge grande discussão a respeito da possibilidade do Poder Judiciário exigir uma atuação positiva do Estado, com vistas à realização de políticas públicas de saúde. No tópico a seguir serão analisados os posicionamentos favoráveis e contrários a essa justiciabilidade.

4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes

A discussão sobre a possibilidade da ingerência do Poder Judiciário nas decisões governamentais vem à tona sobretudo porque o mesmo não detém a competência para elaboração de políticas públicas, que ficam a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A doutrina tradicional sustenta que ao realizar um controle sobre as opções legislativas e administrativas, o Judiciário estaria interferindo na alçada destes poderes ao realizar um controle da distribuição de recursos – quando a decisão implica o contingenciamento do orçamento – e da execução das políticas públicas – quando a decisão implica a prática de atos materiais pelo Estado.

Quando o Judiciário impõe a realização de uma política pública de saúde, invade a esfera discricionária de atuação do administrador ou do legislador, substituindo-se aos mesmos. Além da separação de poderes, o controle judicial viola o próprio processo democrático, pois somente os poderes eleitos pelo povo gozam de legitimidade para operar escolhas políticas.

Analisando as ações judiciais em que são pleiteados direitos sociais aos entes públicos, Barroso (2008) sustenta que o excesso de ingerência judicial prejudica a promoção de políticas públicas, já que obsta a discricionariedade da administração na alocação de recursos escassos. Na contramão do controle judicial, salienta que o princípio da separação de poderes impediria este controle. Para ele, “é o próprio povo – que paga os impostos – que deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”.¹⁰

4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal positivou uma gama de direitos fundamentais e, frente a uma escassez severa de recursos, torna-se dificultosa ao Estado a tarefa de concretização de todos esses direitos. Assim, incumbe à Administração Pública, dentro de sua discricionariedade, proceder a uma alocação de recursos de forma a compatibilizar direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, tendo como foco a universalidade, isto é, a realização de políticas públicas que atendam o maior número de indivíduos possíveis.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008, p. 30.

Admitir a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa acarreta grande prejuízo para toda a coletividade, frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais. É cada vez maior o número de ações judiciais visando a tutela individual de determinado direito fundamental e, frente ao grande volume de condenações do Estado, parte significativa do orçamento ficará comprometida ao pagamento das decisões judiciais, aniquilando a possibilidade de a Administração Pública aplicar o dinheiro a políticas públicas de saúde destinadas a toda coletividade, comprometendo a universalidade do direito fundamental à saúde.

4.2.2.3. Escassez de Recursos

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos positivos, quando existirem recursos públicos para tanto.

Por sua vez, as escolhas alocativas de recursos para a realização de políticas públicas incumbem única e exclusivamente à Administração Pública. Frente à insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas, cabe à mesma decidir quais serão as prioridades governamentais. Enquanto atividade discricionária, o Estado não pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a agir para além de sua capacidade econômica e financeira, só devendo atuar dentro de suas possibilidades. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal.

4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes

Para aqueles que defendem uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas do Estado, esta atuação faz-se imperativa para o resguardo de princípios fundamentais e proteção do Estado Democrático de Direito, visando sempre sedimentar uma verdadeira igualdade social. Refutando o argumento de que a ingerência judicial violaria o processo democrático, Lopes Júnior, citado por Freire Júnior (2005), salienta:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático a Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade

democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.¹¹

Não merece prosperar a alegação de que a interferência judicial macularia a separação de poderes, sobretudo frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição: diante de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito não pode ser negada uma prestação jurisdicional apta a coibir a ofensa. Ademais, a própria doutrina separatista reconhece que os Poderes exercem funções atípicas, não existindo uma separação estanque entre eles. Desta forma, é o próprio postulado da separação dos poderes que legitima a atuação do Judiciário na fiscalização das ações estatais.

Ainda, a força deôntica das normas-princípio consagradoras de direitos fundamentais sociais, trazida pelo pós-positivismo, conferindo vinculação jurídica ao seu conteúdo, reforça a necessidade de um controle mútuo entre os poderes, atuando em benefício do povo. A necessidade de efetivação dos direitos sociais suplanta qualquer óbice normativo trazido pelo princípio da separação dos poderes, principalmente frente ao direito à saúde, cuja efetivação garante a sobrevivência humana. Fornecer condições de saúde adequadas é cuidar para que o direito à vida também seja tutelado.

4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, sendo o direito à saúde apenas mais um dos direitos tipificados. Ocorre que os recursos financeiros são escassos e as demandas públicas são infinitas. Por isso, é corrente o conflito envolvendo o direito à saúde e os demais direitos sociais. Frente a essa situação, são propostas soluções para dirimi-lo.

4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais

Na resolução do conflito entre o direito à saúde e outro direito social, é importante distinguir as hipóteses em que estarão em jogo demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade, podendo surgir quatro situações distintas.

Quando, pela escassez de recursos, houver um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial), prevalecerá o direito à saúde, vez que diretamente ligado ao direito à vida.

Situação diversa ocorrerá quando houver um embate entre o núcleo essencial do direito à saúde e o núcleo essencial de outro direito social. Neste caso, ambos os direitos deveriam ser tutelados frente à intangibilidade de seu conteúdo. Contudo, frente a uma escassez severa de recursos, haverá a precedência do direito à saúde, permeando-se a solução do conflito pela tutela da vida, vez que esta constitui pré-requisito para a fruição

¹¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê *apud* LOPES JÚNIOR. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

de outros direitos. Uma vez alegada pelo Estado a insuficiência financeira, deve sempre o Judiciário intervir buscando a tutela do direito, seja determinando uma atitude comissiva do Poder Público, seja utilizando os critérios alocativos para a solução dos conflitos.

Uma terceira hipótese surge quando do conflito entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial). Neste caso, sendo ambos os direitos veiculados por normas-princípios, o embate deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. A privação do direito à saúde em detrimento do outro direito social será tolerada, desde que se dê com base em critérios éticos aceitáveis. Contudo, se alegada pelo Estado a insuficiência financeira, mas não comprovada, o Judiciário poderá garantir ao titular do direito à saúde a medida desejada.

A quarta e última hipótese ocorre quando há o embate entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e o núcleo essencial de outro direito social. Constatada e comprovada a insuficiência de recursos, o direito à saúde sucumbirá – enquanto norma-princípio, sendo tutelado o outro direito social, frente à intangibilidade de seu conteúdo mínimo.

4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros

Na materialização do direito à saúde de vários indivíduos, podem surgir conflitos envolvendo tanto demandas de saúde de primeira necessidade quanto demandas de saúde de segunda necessidade.

Havendo o conflito entre duas demandas de saúde de segunda necessidade, vazadas em normas-princípios, este deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. Deverá ser feita a ponderação dos interesses em jogo, determinando-se qual prevalecerá no caso concreto. Tanto a Administração Pública, na execução das políticas públicas de saúde, quanto o Judiciário, no julgamento de demandas de saúde, devem nortear-se por estes critérios.

Ainda, poderá surgir um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e uma demanda de saúde de segunda necessidade. Conforme exaustivamente já tratado, frente à escassez de recursos, devem ser priorizadas as demandas de saúde de primeira necessidade, de aplicação imperativa, reflexo da obrigatoriedade de proteção do direito à vida e do mínimo existencial.

Por fim, o caso será de maior complexidade quando envolver um conflito entre duas demandas de saúde de primeira necessidade, sendo ambas normas guardiãs da vida humana. Primeiramente, deve o Estado tentar angariar recursos para atender a ambas as demandas. Porém, demonstrada a falta de recursos e a impossibilidade de concretizar todos os direitos em jogo, é mister que se determine, com base em critérios ético-jurídicos e no princípio da igualdade, quem será atendido.

Nestas hipóteses, deverá ser adotado pela Administração Pública ou pelo Judiciário o critério do número de beneficiários: não se pode priorizar a vida de um em detrimento da vida de muitos. Se o objetivo é cuidar da sobrevivência humana, nada mais certo do que, frente à insuficiência de recursos (devidamente comprovada),

dar preferência a medidas que atenderão o maior número de pessoas possíveis. Tal critério é o mais benéfico porque contempla tratamento isonômico da vida de todos – ninguém seria beneficiado ou preterido por razões pessoais.

Neste diapasão, elucida-se não só a possibilidade, como a necessidade do controle judicial, pois, como está em tela o direito à vida, a decisão deve ser a mais justa possível, já que a escolha implicará na abstenção do direito à vida de outrem.

4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial

Pelo princípio do mínimo existencial, já enfrentado exaustivamente no presente trabalho, o Estado tem o dever de garantir o conteúdo mínimo do direito fundamental, atendendo as necessidades básicas dos indivíduos. Contudo, a escassez de recursos é invocada muitas vezes pelo poder público para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Entretanto, o princípio da reserva do possível sucumbe frente ao princípio do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a missão de zelar pela correta ponderação entre a insuficiência de verbas e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Na tutela do conteúdo mínimo do direito a saúde não será válida a escusa pelo Estado da insuficiência de recursos. A prestação jurisdicional é imperativa, podendo ser determinada a realização de uma política pública coletiva de saúde ou o atendimento a determinado pleito individual. Estando em jogo o direito à vida, não se pode negar a tutela da pretensão individual ao argumento do prejuízo à coletividade.

Por outro lado, mesmo no tocante ao conteúdo que extrapola o mínimo existencial do direito à saúde, é possível o controle judicial na realização de políticas públicas quando as opções da Administração Pública se mostram desde logo ilegais e/ou desarrazoadas. Não comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não será possível a derrogação da tutela do referido direito.

4.2.3.4. Teoria da Necessidade

À luz da teoria da necessidade, a atuação do Estado na consecução de pretensões individuais de saúde deve ser subsidiária, somente tendo o dever de fornecer o bem da vida àqueles que não têm condições de, por seus próprios meios, obtê-lo. Firmada essa premissa, permite-se afastar o efeito multiplicador das decisões judiciais, impedindo-se que haja o comprometimento de parte significativa do orçamento pelo pagamento de condenações judiciais.

Os jurisdicionados que não dispõem de recursos suficientes para atender as suas necessidades sem prejuízo de seu sustento e de sua família, poderão recorrer ao Poder Judiciário com vistas a satisfazer a sua pretensão, *v.g.*, para a obtenção de um medicamento de alto valor, sendo legítima a condenação do Estado nesta hipótese. Por outro lado, aqueles que ostentam condição financeira confortável, não poderão exigir do Estado uma prestação individual, já que poderão prover por seus próprios meios suas necessidades.

5. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, o direito fundamental à saúde foi analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), chegando-se à ilação de que o mesmo está positivado na Constituição Federal Brasileira em uma norma-princípio. Verificou-se também que, diante da evolução da interpretação constitucional, trazida pelo pós-positivismo, os princípios passaram a ter alto valor deôntico, de observância imperativa pelo Estado, não sendo mais meras normas programáticas.

Diante desta constatação, viu-se que a Administração Pública encontra-se obrigada a concretizar o direito fundamental à saúde mediante a realização de políticas públicas efetivas. Ocorre que, a escassez severa de recursos acaba por gerar um grande entrave à consecução do aludido direito, principalmente frente à existência de outros direitos igualmente fundamentais. É neste ponto que surge a discussão a respeito da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas por parte do Estado.

Frente ao problema exposto, foram apresentados os argumentos daqueles que se posicionam contrariamente ao controle judicial, principalmente pela ofensa ao princípio da separação de poderes, pela escassez severa de recursos e pelo comprometimento do orçamento público frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais, sendo a elaboração de políticas públicas atividade discricionária da Administração Pública, não podendo o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Ainda, foram expostos os argumentos dos defensores do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, que admitem a exigibilidade do direito à saúde sobretudo à luz da teoria do mínimo existencial e teoria da necessidade, refutando a ofensa à separação de poderes, uma vez que a ingerência do Judiciário é necessária para a efetivação do direito à saúde e, conseqüentemente, para a tutela de uma vida digna.

Diante do exposto, concluiu-se que o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde não só é possível, como também necessário, de forma a se garantir a força normativa da Constituição Federal. Frente à inércia do Poder Público, o Poder Judiciário pode e deve atuar impondo obrigações de fazer ao Estado visando a concretização do direito à saúde.

Porém, como foi advertido ao longo da exposição, não se revela razoável permitir o incremento do direito social à saúde em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Por isso, aconselhou-se a divisão entre as demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade.

Conforme demonstrado, o direito à vida integra o núcleo essencial do direito à saúde. Neste ponto, impõe-se a obrigatoriedade da consecução das demandas de saúde de primeira necessidade por parte do Estado. Em caso de inércia, o Judiciário assumirá o importante papel de garantia da vida humana, não podendo a insuficiência de recursos ser um entrave à tutela judicial.

Por outro lado, ultrapassado o núcleo essencial do direito, gozará o Estado de certa discricionariedade no atendimento das políticas públicas de segunda necessidade,

podendo ser concretizadas na medida do possível, de acordo com a disponibilidade financeira, visto a existência de outros direitos igualmente fundamentais. Nestes casos, a omissão do Estado legitimará a atuação do Poder Judiciário quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos para atender as demandas de saúde ou quando a escolha do administrador revela-se desde logo ilegal e/ou desarrazoada.

Diante da omissão estatal e da realidade orçamentária (escassez severa de recursos), a vontade constitucional é sucumbida. Há um dissenso entre previsão e efetivação das normas – o Estado deixa de cumprir um mandamento constitucional. Não se pode tolerar que um direito ligado à vida humana deixe de ser assegurado. Além de positivados constitucionalmente, é a garantia feita pelo Estado (e, em caso de inércia, pelo Poder Judiciário) que dará a esses direitos uma aplicação material, atribuindo eficácia e existência concreta a essas garantias.

Por isso, a solução apresentada no presente trabalho revela-se a mais razoável: a Administração Pública goza de certa discricionariedade na elaboração de políticas públicas de saúde. Contudo, a partir do momento em que há uma violação a este direito fundamental pela inércia da Administração, poderá o Poder Judiciário realizar o controle sobre as escolhas administrativas desarrazoadas, impondo, inclusive, obrigações de fazer. Mas, como não se pode ignorar a escassez severa de recursos e a existência de outros direitos fundamentais, a atuação do Judiciário também será limitada.

Por tudo o que foi exposto, reconhecida a força normativa da Constituição, é mister que haja um controle das políticas públicas pelo Judiciário, anulando atos inválidos, aplicando condenações ou impondo à Administração obrigações de fazer, mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional. Este papel é de extrema relevância para a máxima consagração do direito à saúde, sobretudo pelo fato desta intervenção significar verdadeira tutela à vida humana.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 22ª ed. 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de políticas públicas: parâmetros, objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1999, Ed. Forense.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 1ª ed. 2011.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, nº 4, 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê: *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GASPAR MELQUIADES DUARTE, Luciana. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 2011. Ed. Fórum.

HESPANHOL, Ivanildo. *Água e Saneamento Básico. Capital ecológico, uso e conservação*. 3ª ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rev, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KREEL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV. p.105.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do Meio Ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 8, p. 38, São Paulo: RT, abr./jun. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à moradia*. 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.