



O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: UMA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE?

THE PRINCIPLE OF POSSIBLE RESERVE: A LIMITATION ON FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT?

Mariane Porto Mendes, Ingrid Brião Veiga da Silveira

RESUMO: A grande onerosidade da judicialização da saúde para o Estado em contraponto ao direito à pretensão do direito à saúde – bem jurídico muito valorizado relacionado diretamente à vida – e as políticas públicas para a sua efetiva prestação, criam um sistema de insegurança ao Estado, que possui um protocolo de atendimento violado em nome de um atendimento especial a indivíduos determinados, e também à população, que não obtendo o tratamento prescrito precisa recorrer ao Poder Judiciário. Ocorre que o princípio da reserva do possível é doutrinariamente aplicado na tentativa de repressão a esse efeito judicializador. A partir disso, deve-se analisar a possibilidade da limitação financeira estar implícita na própria norma, que não produz seus efeitos independentemente de qualquer fator alheio a esta. Dessa forma, objetiva-se demonstrar como as políticas públicas de saúde no Brasil garantem a pretensão do direito à saúde prevista na CF/88, contextualizando a aplicação do princípio da reserva do possível na limitação da tutela de saúde no Brasil para analisar alguns argumentos contrários e favoráveis a prestação jurídica de saúde. Na metodologia da pesquisa, o método de abordagem adotado é o dedutivo, acompanhado da técnica de pesquisa de análise bibliográfica. Nesse entendimento, o direito à saúde é presente na Constituição Federal de 1988 e, quando declara que “a saúde é obrigação de todos e dever do Estado”, já origina um direito subjetivo dos cidadãos sem que seja necessária uma lei regulamentadora. Dessa forma, com um direito já constituído, o direito à saúde não pode ser limitado por prerrogativas orçamentárias. Em contrapartida, princípio da reserva do possível mostra que a saúde tem preço, e este pode ser muito caro.

Palavras-chave: Saúde – judicialização – reserva do possível

ABSTRACT: *The big burden of judicialization of health for the State in despite of the right to the claim of right of health – right highly valued legal directly related to life – and the public politics for the effective delivery, create an insecure system to the state, which has a violated service protocol on behalf of a special service to certain individuals, and also to the population, that not getting the treatment prescribed to resort to the courts. It turns out that the possible reserve is doctrinally applied in an attempt to crackdown on this judicializador effect. From this, it must be examined the possibility of financial limitation is implicit in the standard itself, which does not produce its effects independently of any foreign factor to this. That way the objective is*

to demonstrate how public health policies in Brazil guarantee the claim of the right to health provided for in CF/88, contextualizing the application of the possible reserve as possible in the health protection of limitation in Brazil to analyze some contrary arguments and favorable legal provision of health. In research methodology, the approach adopted method is deductive, accompanied by bibliographic analysis research technique. In this understanding, the right to health is present in the Federal Constitution of 1988 and, when he states that "health is the obligation of all and duty of State", already gives a subjective right of citizens without a regulatory law is necessary. That way with a right already established, the right to health can not be limited by budgetary prerogatives. On the other hand, can possible reserve shows that health is priceless, and this can be very expensive.

Key-words: Health – judicialization – under reserve of the possibilities

INTRODUÇÃO

O Direito fundamental à Saúde é garantido no ordenamento jurídico no artigo 196 da CF/88, e eficácia da sua prestação afeta econômica e socialmente a população. A legislação infraconstitucional que regula o Sistema Único de Saúde – SUS visa ofertar um tratamento eficaz, igualitário e total às patologias que acometem a população através de um protocolo de atendimento. No entanto, é notório que os objetivos do SUS, através da forma como está sendo administrado, não suprem todas as necessidades dos pacientes, visto que os indivíduos que não encontram as medicações ou intervenções cirúrgicas de que necessitam recorrem ao Judiciário para pleitear o tratamento. A prática da judicialização da tutela de saúde vem ocorrendo, sem, no entanto, serem definidos parâmetros para a sua efetivação.

Ainda que o Direito à Saúde seja de suma importância, diretamente ligado à vida e a dignidade da pessoa humana, sendo a saúde o mínimo a se preservar na busca das demais condições de vida, é notório que não é possível atender a todos de forma plena de acordo com a sua vontade. Nesse diapasão, a aplicação do Princípio da Reserva do Possível é exposta pela jurisprudência dos tribunais como um dos argumentos para refrear este processo de pleno direito, visto que, no caso concreto, financeiramente, o atendimento total, independente da complexidade do caso não é possível através da atual forma de custeio e distribuição do serviço.

Por outro lado, se essa garantia é um direito fundamental social e demanda alguma forma de cumprimento, há que se considerar alternativas para a sua

satisfação, sem priorizar algumas demandas em detrimento de outras. Portanto, em decorrência do conflito entre o direito fundamental e a limitação fática de escassez de recursos, são passíveis de discussão alternativas que equilibram estes fatores.

Assim, o tema demonstra a grande importância de seu debate, visto que a Saúde é de interesse geral, bem como o seu custeio é de responsabilidade de todos os contribuintes, independente da sua fruição. É possível constatar também que as alternativas sugeridas para o equilíbrio dos fatores mencionados estão presentes também na esfera privada dos indivíduos em alguns casos, por se tratarem também de escolhas políticas.

Por fim, há que se acrescer a importância de outros princípios incidentes como a proporcionalidade e a isonomia da decisão política, que demandam a análise conjunta da carência da política pública para a sua criação. Nesses termos, o privilégio de alguns em detrimento de outros na via judiciária, na qual o caso é individualizado pode ser conflitante a alguns, visto que, seria a via executiva como a adequada à sua efetivação de forma originária.

Dessa forma, objetiva-se através do presente artigo, demonstrar como as políticas públicas de saúde no Brasil garantem a pretensão do direito à saúde prevista na CF/88, contextualizando através delas a aplicação do princípio da reserva do possível como limitadora da tutela de saúde no Brasil. Bem como, demonstrar a possibilidade de se encontrar uma solução mais adequada ao julgador na aplicação do direito a saúde.

1 A PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Direito à saúde é garantido no Brasil constitucionalmente, por meio do art. 196 da Constituição Federal de 1988, além da Lei 8.080/90 que regula o Sistema Único de Saúde - SUS. Esse conjunto de previsões legais cria uma suposta pretensão de direito subjetivo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual, através da importância do bem jurídico tutelado, têm-se uma expectativa de cumprimento indispensável à sociedade sob a proteção do estado de bem-estar social, no qual o Estado é responsável pelo acesso do indivíduo a boas condições de vida, não apenas de sobrevivência.

Neste sentido,

como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado social de direito) (SARLET, 2007, p. 7).

Ocorre que as políticas públicas que dão efetividade à tutela de saúde não conseguem suprir as necessidades de todos os casos específicos. A partir desta lacuna advém uma judicialização da política de saúde, na qual o sujeito, munido de um suposto Direito subjetivo à saúde, objetiva um tratamento pela via judicial, ingressando em juízo para pleitear de forma individual o seu tratamento.

Em consonância com esse efeito, Epp entende que isso se dá pela independência do Poder Judiciário das forças políticas. Segundo o seu entendimento

na visão centrada na constituição, as condições cruciais para a revolução dos direitos são da independência judicial estrutural e uma base de garantias dos direitos constitucionais; dadas essas condições, os juízes são livres para dedicar atenção sustentada e aprovação pelos direitos e liberdades civis. A independência estrutural do sistema judicial, da pressão política direta é amplamente reconhecido como uma condição necessária para qualquer verificação judicial significativa no poder arbitrário. Tribunais são estruturalmente independentes na medida em que a segurança no emprego e salários dos seus juízes e do processo de tomada de decisão, são isolados a da manipulação política (1998, p. 11, tradução nossa).¹

A regulamentação infraconstitucional é gerida pela Lei 8.080/90 que gere a política do Sistema Único de Saúde, determinando, no entanto, o art. 7º, II, que

as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

¹ In the constitution-centered view, the crucial conditions for a rights revolution are structural judicial Independence and a foundation of constitutional rights garantes; given those conditions, judges are free to devote sustained attention and approval for civil rights and liberties. The judicial system's structural independence from direct political pressure is widely recognized as a necessary condition for any significant judicial check on arbitrary power. Courts are structurally independent to the extent that the job security and salaries of their judges, and the decision-making process, are insulated from political manipulation

Sobre o disposto no art. 7º, II, da Lei 8.080/90, Martins (2008, p. 82) dispõe que a integralidade da assistência é o atendimento completo, abrangendo a mais variada quantidade de patologias, devendo o sistema público organizar-se para atendimento do serviço. Logo, em consideração ao princípio da integralidade da assistência, o Estado estaria obrigado, independentemente da viabilidade da medida, a atender a todos casos.

A partir disso, a judicialização da política de saúde tornou-se um fato corriqueiro na seara jurídica, o que possui forte impacto na política, não só de saúde, mas em toda estrutura da administração pública. Esse fato acontece principalmente porque a saúde é um direito que precisa ser provido materialmente, o que depende da arrecadação de verbas e mecanismos de distribuição dos recursos para o efetivo cumprimento.

2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Considerando a necessidade de uma forma de cumprimento do direito através da via judicial, há que se questionar a sua possibilidade no que se refere ao alcance da norma constitucional na vinculação do Estado ao cumprimento desmedido da garantia, aliado à possibilidade fática de efetivação por condições econômicas.

A respeito desse entendimento, de acordo com Pivetta (2013, pg. 85), historicamente, o novo constitucionalismo que surgiu com a Constituição Federal de 1988 trouxe a visão pós-positivista do Direito, que se consubstancia em evitar a interpretação estrita da norma positivada, visando a garantia dos direitos nela expressos de forma mais ampla. Para o autor, é clara a vinculação do Estado em garantir esses direitos, porém os limites inerentes a estes direitos não são inequívocos, não se tratando de omissão do legislador a sua inexistência concreta, visto que demandam análise da necessidade e possibilidade no contexto em que se pretende aplicar (2013, p. 87).

Assim, para Pivetta, o instrumento apropriado de concretização dos direitos sociais são as políticas públicas, que

são instrumentos de ação para a realização de determinados fins. Este elemento evidencia ao menos dois aspectos que afetam o tema: em primeiro lugar, destaca a existência de obrigações positivas a que se sujeita o Estado. Ou seja, ao Estado Constitucional não basta a abstenção para que os direitos dos cidadãos sejam assegurados. Exige-se, em verdade, que os órgãos estatais intervenham de maneira ativa na realidade social, e não apenas para reprimir condutas que violam liberdades individuais (como seria típico de um Estado legislativo), mas também para criar as condições de efetivação das diversas funções dos direitos fundamentais (função de defesa ou prestacional) (2013, p. 94).

É possível afirmar que a atuação do Estado deve ocorrer somente mediante uma prestação direta, por uma contribuição para o determinado serviço. Desta forma, uma contratualização do direito seria uma forma de obter esta contraprestação para subsistência do serviço imediatamente (Camargo apud Oliveira, p. 16, 2008), e garantir uma subsistência da prestação. Do contrário, se não custeado pelos usuários, será custeado por todos, inclusive os não usuários. Logo, o custeio universal do serviço incorre na existência de *free riders*, sendo utilizadores que não financiam o serviço de forma alguma, somente utilizando-se deste e tornando o serviço menos eficaz (Camargo apud Romero, 2008, p. 18). Considera-se para efeitos da diminuição da eficácia o fato de que para a cobertura geral do serviço e o custeio limitado a alguns, estes usufruirão de um serviço muito inferior ao valor pelo qual estão financiando. Por outro lado, a condição de *free rider*, ou ainda um contribuinte com uma parcela inferior à sua utilização do serviço prestado, pode ser analisada de forma mais ampla, podendo este ter uma condição momentânea de dependência, sendo o serviço uma forma de garantia e incentivo ao empenho em participação do financiamento para posterior potencial necessidade maior (Camargo, 2008, p. 56). Além disso, a vinculação de todos para a manutenção do sistema único de distribuição do Direito na via administrativa vincula todos a um meio de prestação que pode não ser satisfatório àqueles que o sustentam, ainda que venham a utilizar posteriormente.

Por outro lado, uma valorização do ser proporcional à sua contribuição para a preservação do sistema recai seria oposta diretamente a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, “no centro dos estudos jurídicos são colocados problemas relativos à eficiência do ordenamento e aos custos gerados pelos instrumentos jurídicos na consecução dos seus fins. O único valor social a ser considerado é o da ‘eficiência alocativa’” (Camargo apud Forgioni, 2014, p. 66). Neste caso, Camargo

(2014, p. 66) salienta que esta forma de aplicação do Direito geraria uma condição pessoal dependente da forma como o indivíduo atua no mercado, tendo um valor somente instrumental. De acordo com o autor, sob essa ótica o único valor do indivíduo na sociedade seria de acordo com a sua produção patrimonial.

Em contraponto, esclarece o autor que o objetivo dos direitos fundamentais sociais é reduzir as desigualdades e fornecer o mínimo, assim

os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio da eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais (CAMARGO APUD SARLET, 2008, p. 36).

Ainda nesse diapasão, depreende-se que a partir da garantia da subsistência do indivíduo, este pode existir nas demais esferas. Assim, recorda Camargo (apud BECKER, 2008, p. 36) que ainda que não contribuintes, todos se submetem à soberania do Estado.

Por outro lado, não há como ignorar esta limitação orçamentária, que, devido à escassez de recursos que implica a administração destes, traz a necessidade de priorizar algumas demandas, o que resulta no princípio da reserva do possível, pois, como referiu Wang, “não é possível, dentro da realidade atual brasileira, e nem mesmo nos países desenvolvidos, prover todos os direitos sociais em grau máximo a todas as pessoas” (2009, p. 11).

Assim, quando admitida a premissa de que a escassez é um fato, e que é necessário escolher uma forma de tutela mais eficaz, Castro, I., preleciona que

é verdade que a ideia de escassez traz em si o problema da escolha do que atender e do que não atender, na medida em que o emprego dos recursos para um dado fim significa não investi-lo em outros. Isso é um fato verdadeiro quando pensamos nas escolhas dos orçamentos de saúde. Porém, muitas vezes, a simples transposição desse raciocínio para área da saúde sem o conhecimento da epidemiologia e do funcionamento do SUS, pode levar a conclusões equivocadas porque não leva em conta os níveis de atenção (básica, média e alta complexidade) e nem a lógica do sistema de saúde (2012, p. 110).

Para Castro I., esta poderia ser a única forma de garantir um mínimo existencial para permitir que o sujeito tenha a possibilidade de alcançar os demais bens, visto que o produto excepcional só seria devido de forma extraordinária

àqueles que dela dependem para viver (2012, p. 108). Nesse sentido, pode ser questionado o conceito de saúde, visto que poderia ser considerado o mínimo existencial aquilo que compromete majoritariamente a vida do indivíduo, cabendo neste caso uma ampla discussão acerca de patologias mentais ou de mera reparação estética, além de tratamentos alternativos como genéricos ou homeopáticos.

Este referido princípio foi criado na corte alemã, o que não imiscui sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Visto que, consoante Castro, I., “os direitos econômicos e sociais estão sujeitos à reserva do possível ou às condições determinadas pelo legislador” (2012, p. 106). Para a autora, a aplicação do princípio garante a razoabilidade da decisão, garantindo o equilíbrio financeiro da sociedade (2012, p. 106). Assim, para fundamentar seu entendimento, a autora cita Viera de Andrade, o qual dispõe que os direitos sociais só serão subjetivos através de sua regulamentação. Bem como, esta cita Canotilho, o qual refere que a efetivação dos direitos sociais como direitos subjetivos seria atributo da competência legislativa, através das reservas orçamentárias, planos econômicos e financeiros e da possibilidade econômica do país (2012, p. 107).

Nesses termos, já reconhece Acca, que

o discurso doutrinário resume-se, basicamente, a analisar as questões dos custos por duas perspectivas. A primeira diz que embora os direitos tenham custos há situações emergenciais face às quais o Estado não pode deixar de agir. A segunda diz que todos os direitos fundamentais têm custos, portanto o Estado não pode deixar de aplicar uns em detrimento de outros (2009, p. 146).

Além disso, menciona Pivetta, que o planejamento é inerente à política pública que objetiva o cumprimento do direito social para a garantia da eficiência da medida. Segundo este, o planejamento integra fatores temporais e espaciais de pretensão da política de forma determinante à regulação econômica dos recursos (2013, p. 96). Cabendo, nesse sentido, a análise do planejamento feito no âmbito do Sistema Único de Saúde, visto que, se insuficiente, não seria um tratamento pela via judicial uma medida planejada de utilização dos recursos. Sendo que, essa constatação torna-se clara através de Pivetta apud Comparato, que salienta que o planejamento ultrapassa o cotidiano de forma temporal, tratando-se de uma visão geral dos fatos gerenciados pelo administrador público (2013, p. 102). Conquanto,

resta claro que não há qualquer forma de administração da tutela na via judicial, resta clara a problemática inerente à análise do caso concreto separadamente à conjuntura do direito de forma coletiva.

A partir disso, há que se questionar se essa norma que tutela a saúde é passível de limitação, e se esta limitação está implícita na norma ou se é limitada por fatores externos a esta. Logo, consoante Pereira, a possibilidade de existência de um limite contido na própria norma seria o conceito de limite imanente, no qual é possível a limitação por motivos orçamentários, atentando-se à legitimidade da razão de não cumprimento, que deve ser uma real impossibilidade de cumprimento, podendo, se não alcançada, recair em arbitrariedade do ato. Do contrário, para esta, se no cerne da norma não há limites, somente fatores externos, ter-se-ia o conceito de restrição da norma, sendo um núcleo de direito fundamental intransponível (2007, p. 7 – 18). Logo, pode verificar-se que no primeiro caso, sendo a reserva do possível um limite imanente da norma, há que se considerar que as possibilidades orçamentárias são basilares à disponibilidade do direito. Do contrário, sendo o princípio uma restrição ao direito à saúde, o direito deverá ter seu cumprimento privilegiado, não comprometendo outros direitos sociais, e sim, os valores destinados ao orçamento discricionário da administração pública.

É plausível que se conclua que eventualmente princípios basilares do Direito podem ser conflitantes. Na solução do impasse, Moreira preleciona que o meio aplicado à solução de conflitos no que tange aos princípios é a ponderação para determinar a prevalência de um sobre o outro (2010, p. 19). Dessa forma, Moreira (2010, p. 21) estabelece que primeiramente, a medida deve ser adequada, o que implica a preservação do direito fundamental privilegiadamente; logo, a partir do requisito necessidade, ensina o autor que a prevalência deve ser do princípio menos gravoso à garantia ao direito adquirido pelo princípio oposto; e finalmente a proporcionalidade em sentido estrito, que é realmente a ponderação.

Nesse sentido, ao partir da premissa de que o direito à saúde é um direito ao qual o Estado está obrigado, a exigência por parte do indivíduo, de acordo com Moreira, será através da proporcionalidade, assim:

em relação ao problema que aqui se analisa, isso significa que a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos à prestações (sic), na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito

constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípio. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (APUD ALEXY, 2010, pg. 37).

Em contraponto ao supramencionado (2010, p. 25) sugere-se a existência de princípios em sentido estrito, os quais não é possível ponderar, visto que a conduta a ser proibida ou ordenada é descrita nela mesma, não sendo possível graduar o seu cumprimento. Neste caso, ou há o cumprimento, ou não; conquanto, diretrizes seriam princípios de ordem geral que devem ter o melhor tratamento possível.

No entanto, da exposição dos requisitos da ponderação é verossímil que o conflito não é causa de livre julgamento dos tribunais, sendo possível e coerente o prévio estabelecimento do entendimento das cortes, através da ponderação prévia dos princípios em casos específicos servindo como parâmetro para a subsunção dos demais. Sobre a atuação dos juízes no neoconstitucionalismo, Martins (2008, p. 47) pontua que a argumentação jurídica é a segurança da correição da sentença proferida e a garantia de que esta seja respeitada. A fixação de súmulas e posições jurisprudenciais seriam formas de fixação desses entendimentos pelas cortes, para uma prévia ponderação dos princípios e uma forma de subsunção aos casos concretos ajuizados. No entanto pode ser considerado como uma forma de ativismo judicial, na qual o legislador previu uma forma de cumprimento ao direito através do administrador executivo, e o órgão julgador decide no caso concreto independente da decisão política já adotada. Sobre o ativismo judicial, este é entendido por Barroso, como a

participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de

abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (2009, p. 5).

Assim, Alexy apud Moreira (2010, p. 32) conceitua direitos fundamentais sociais como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia obter também de particulares”.

A partir da visão do autor cabe questionar se o indivíduo, tendo condições financeiras sinônimas a do Estado, alocando valores que podem ser aplicados em outros objetivos, buscaria o mesmo tratamento de saúde que recorreu sob a proteção total do custeio estatal. Bem como, também cabe-se questionar, se o indivíduo não dispõe de meios suficientes, através de planos de saúde privados, que seriam uma alternativa aos pacientes de escassos recursos que eventualmente desejassem a segurança da garantia do tratamento de saúde.

Cabe salientar que o entendimento de Moreira (2010, p. 34) converge no sentido de o direito a saúde não ser uma diretriz, cabendo apenas a discussão acerca dos limites da decisão judicial que garante o direito, e da condição de direito subjetivo calcada à saúde.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA LIMITAÇÃO DA TUTELA DE SAÚDE NO BRASIL

Para uma melhor compreensão do tema, pode-se trazer para o debate, através de Cunha Filho e Engelmann, os argumentos concernentes à defesa da tutela de saúde através da judicialização e os argumentos contrários a tal prática e através da reflexão destes obter respostas objetivas.

Segundo Cunha Filho e Engelmann, para os defensores da judicialização da política, a saúde deve ser provida judicialmente por: (i) ser comumente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, e neste caso, em favor deste princípio, o cumprimento da norma é superior a medidas de eficácia e orçamento público; (ii) que é possível alegar que a reserva do possível é proveniente do direito alemão e, portanto, não aplicável ao Brasil, devido à objetividade das normas brasileiras, que no geral são normas fechadas não passíveis de interpretação; (iii) que para os neoconstitucionalistas, as normas constitucionais geram direitos subjetivos,

independentemente de normas infraconstitucionais que estabeleçam sua execução; e (iv) garantir o equilíbrio entre os bens jurídicos tutelados, que reconhecendo que a limitação da norma através do custo dela ao Estado tem implicação financeira, ao contrapor-la ao direito à vida e à saúde, que a norma protege, não tem valor aquela, prevalecendo esta (2013, p. 5).

Pelo citado, em comento ao primeiro argumento, e além dele, o direito à saúde ultrapassa o princípio da dignidade da pessoa humana. Para alguns o direito à saúde é o direito de existir, é o mínimo existencial. No entanto, como já abordado, o sopesamento de princípios deve ser feito através da razoabilidade e proporcionalidade e não apenas da ignorância da existência de limitações. O obscurantismo dessas limitações será o principal fator de distorções nos recursos aplicados nas medidas e no produto resultante delas.

No que concerne ao argumento de que o Princípio da Reserva do Possível não é passível de aplicação no Brasil pela não possibilidade de interpretação das normas do direito interno, não merece prosperar. Resta claro que a hermenêutica das normas é inerente ao estudo do Direito, visto que, a sua mudança é fundamental ao transcorrer do tempo e as mudanças sociais. A interpretação não é só passível como é presente no ordenamento.

Conquanto, ao terceiro argumento, não é possível afirmar que todas as normas constitucionais geram direitos subjetivos. As normas constitucionais podem ter seus efeitos plenos, contidos e limitados de acordo com o direito conferido.

Por fim, a garantia do equilíbrio entre os bens jurídicos em comento é um argumento que merece atenção para a defesa da judicialização da política de saúde. No entanto, somente a garantia do equilíbrio, que será analisada no bojo do processo, não sendo possível pré-determinar nesses termos o princípio prevalente sem distinções.

Dentre os argumentos contrários a esta judicialização da política de saúde, segundo os referidos autores, tem-se que: (i) a utilização de recursos públicos possui um planejamento, o qual é competência do Poder Executivo e Legislativo; (ii) através da interferência do Judiciário na aplicação dos recursos, ao se utilizar uma verba que não era prevista para aquela tutela, retira-se a finalidade originária do valor; (iii) ainda sobre a indevida interferência do judiciário nos outros poderes, é importante salientar a incapacidade técnica daquele, visto que os órgãos

competentes à criação e ao cumprimento destas medidas possuem órgãos especializados e indivíduos capacitados a planejar de forma racional a efetivação da norma de forma igualitária e uniforme; (iv) a judicialização da política em questão vista pelo outro lado, do ativismo judicial, que aparentemente se justifica por uma justiça social realizada, equivocadamente ao prover individualmente, sob altos custos ao Estado, o tratamento de parte da população, não atendendo aos que não possuem acesso à justiça pelos mais diversos motivos; e por fim, (v) a judicialização da saúde fere em grande parte, a isonomia (também garantida constitucionalmente), não só por conceder o tratamento individualmente, mas por preferir mediante cautelares, multa diária ou bloqueio judicial que garantem o cumprimento da medida pelo Sistema Único de Saúde ou por clínicas privadas, antes dos pacientes que esperam o tratamento administrativo, mas não possuem uma ordem judicial (2013, p. 4).

Através dos argumentos contrários à judicialização do direito, do primeiro argumento de que a utilização de recursos públicos requer um planejamento, é de fato irrefutável. A utilização dos recursos públicos é uma decisão política, a qual envolve inclusive a importância dos representantes eleitos quanto às questões de saúde.

Por fim, quanto à isonomia, verifica-se que é relativo o entendimento do que seria isonomia. Enquanto o dispêndio para tratamento de um indivíduo específico pode ser considerado por alguns como uma forma de desigualdade, a discrepância nas condições de saúde entre os seres também pode ser considerada uma forma de quebra na isonomia. A partir disso pode-se constatar a importância do estudo do tema na busca do melhor equilíbrio na administração dos recursos e da legitimação da política, sendo o único meio de um tratamento sustentável a esta demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise ao debatido, conclui-se que, devido a sua grande importância, como mínimo para a subsistência do ser, o Direito à Saúde exige uma forma de cumprimento por parte do Estado, tendo a norma constitucional, na forma da regulamentação em que se encontra, plena aplicabilidade.

No entanto, não há como contestar que a escassez de recursos é inerente às sociedades e que nem nos locais mais desenvolvidos seria possível garantir o

acesso de todos a qualquer tipo de tratamento de saúde, independente da complexidade, sem comprometer outras prestações devidas pelo Estado ao seu povo.

Ainda que persistam dúvidas se o cumprimento judicial deve obedecer alguma norma de competência para garantir o direito, bem como possam ser suscitadas outras questões formais, o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial converge no sentido de que a legislação relativa à saúde tem eficácia plena. Além disso, a legislação pertinente ao Sistema Único de Saúde, ainda que possua deficiências, é uma regulamentação dada ao direito subjetivo que fornece os tratamentos da maioria da população de forma administrativa.

Dessa forma, o reconhecimento do direito não permite a exigência de um direito subjetivo a qualquer forma de tratamento independentemente de qualquer situação fática, visto que o direito se trata de um plano abstrato.

O cumprimento de forma ponderada, através da proporcionalidade e razoabilidade se mostra coerente na resolução do conflito de princípios, sendo a saúde em contraponto a princípios de ordem financeira no caso concreto, e esse juízo de valor pode ser feito pelo judiciário, que é o poder ao qual se atribui dirimir conflitos, mas que deve garantir uma forma de segurança jurídica aos subordinados a sua jurisdição. Ainda que para a doutrina majoritária, e o entendimento das próprias cortes considere a via judicial como adequada para a solução desses litígios, o despreparo do judiciário para o julgamento das demandas, bem como a sua desconsideração de obrigações alternativas, como tratamentos genéricos são discutíveis, visto que além de ser um direito, também se trata de uma decisão política.

A segurança jurídica é de extrema importância, visto que, a legislação possui uma previsão de formas de alocação dos recursos, através do administrador que realiza a política pública, na qual as causas individuais não oferecem, sendo necessário uma previsão para a contenção da arbitrariedade a qual é passível à demanda. Bem como, uma previsão determinada do entendimento das cortes incentiva o Estado a melhor prover o direito na esfera administrativa, sob pena de ser coagido a fazer de uma forma que sabe previamente que ocorrerá. Uma forma de estabelecimento de parâmetros ao entendimento das cortes é a fixação de súmulas. Ainda que, neste caso seja passível de discussão acerca do ativismo

judicial inerente aos julgamentos, é uma forma de equilíbrio entre a obrigação e o dever que aguarda uma nova forma de regulamentação futura. Além disso, uma melhor administração dos recursos para atendimento do maior número possível de casos na esfera administrativa poderia reduzir o número de tratamentos judicializados.

Por fim, ainda que deficiente e insuficiente, o Sistema Único de Saúde no Brasil é um recurso que os nacionais podem usufruir, que ainda não é realidade para muitos países. Não há que se falar no não fornecimento dos tratamentos de saúde na atual conjuntura social e cultural. No entanto, as discussões acerca do tema devem permanecer ativas na comunidade acadêmica, objetivando aprimorar a gestão dos recursos e avanços tecnológicos para suprir a demanda e alcançar um estado pleno de qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. 2009. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica de direito do Estado**, Salvador, nº 18. Abr. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 11 de nov. 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custos dos Direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** 2012. 366 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** 2012. 366 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na**

área de saúde. 2012. 88 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário), Faculdade Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; ENGELMANN, Fabiano. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. **Revista de Sociologia e Política.** v. 21, n. 45, p. 57-72. mar. 2013.

EPP, Charles R. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago and London: University of Chicago Press, 1998.

MARTINS, Flávia Bahia. **O Direito fundamental à Saúde no Brasil sob a perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo.** 2008. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Eficácia Normativa dos Princípios Constitucionais: o caso do direito à saúde.** 2010. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia.** 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

_____. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 19 out. 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à Saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador, 2007. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado,** Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 15 nov. 2015.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.** 2009. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2009.