



RESPONSABILIDADE ESTATAL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO SOB A ÓTICA DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

STATE RESPONSIBILITY ON PROVIDING HIGH-COST MEDICATIONS THROUGH THE LENS OF THE PROPORTIONALITY TEST

Morgana Silveira Traslatti¹

Resumo: A saúde como Direito Fundamental Social foi positivada através da Constituição Federal de 1988 no Brasil, momento no qual houve adoção ao Estado Democrático de Direito e o Estado passou de mero espectador para titular de efetivas obrigações prestacionais. Mas a adoção tardia de um modelo de Estado garantidor de direitos sociais refletiu em uma sociedade marcada pela desigualdade, tornando distante a concretização do objetivo fundamental à erradicação da pobreza. Os reflexos da desigualdade social estão nitidamente voltados ao Estado, que possui limitação orçamentária destinada às políticas públicas implementadas por representantes dos poderes legislativo e executivo democraticamente eleitos, tendo como consequência a judicialização em massa de ações buscando a concretização de direitos fundamentais sociais, gerando dúvidas a respeito da legitimidade do Poder Judiciário em determinar a destinação da verba pública. Em se tratando de obrigação estatal ao fornecimento de tratamentos de alto custo, amparados pelo Direito Fundamental Social à saúde, indaga-se: o dever do Estado pode ser relativizado quando, sob a ótica do teste da proporcionalidade, a prestação tiver como consequência direta o impacto na garantia de outros direitos fundamentais sociais em razão da limitação orçamentária? Neste contexto, conclui-se que a intervenção jurisdicional no âmbito das políticas públicas não está justificada quando deixa de ponderar o impacto que o fornecimento de medicamentos de alto custo acarretará à consecução de políticas públicas que visam a consecução de outros direitos fundamentais sociais. O método de abordagem utilizado é hipotético dedutivo. Pesquisa bibliográfica e comparativa.

Palavras-chave: alto custo; direitos sociais; saúde; teste da proporcionalidade.

Abstract: Health as a Fundamental Social Right was established through the Federal Constitution of 1988 in Brazil, a moment in which the adoption of the Democratic Rule of Law took place and the State transitioned from a mere spectator to the provider of effective obligations. However, the belated adoption of a model of a State ensuring social rights reflected in a society marked by inequality, making the achievement of the fundamental goal of eradicating poverty distant. The effects of social inequality are clearly directed towards the State, which has budgetary limitations for public policies implemented by representatives of the legislative and executive branches democratically elected, resulting in the mass judicialization of actions seeking to enforce fundamental social rights, raising doubts about the legitimacy of the Judiciary in determining the allocation of public funds. Regarding the state's obligation to provide high-cost treatments, supported by the Fundamental Social Right to health, the question arises: can the State's duty be relativized when, from the perspective of the proportionality test, the provision directly impacts the guarantee of other fundamental social

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – PPGD/FMP. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Advogada. Correio eletrônico: morganastraslatti@gmail.com.



rights due to budgetary constraints? In this context, it is concluded that judicial intervention within the scope of public policies is not justified when it fails to consider the impact that the supply of high-cost medicines will have on the achievement of public policies that aim to achieve other fundamental social rights. The approach method adopted is hypothetical deductive. Bibliographic and comparative research is employed.

Keywords: high cost; social rights; health; proportionality test.

1 INTRODUÇÃO

Na medida em que a ciência e a tecnologia evoluem, muitos tratamentos surgem como verdadeiros “milagres” para portadores de doenças que, até então, eram consideradas incuráveis. Todavia, em razão da complexidade da matéria, não raras vezes os tratamentos desenvolvidos possuem plena eficácia para amenizar os sintomas da patologia, mas os altos custos do tratamento representam barreiras à sua efetivação.

Ainda que a saúde tenha sido positivada na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, sabe-se que o Estado possui orçamento limitado para efetivação de suas políticas públicas, sendo que a imposição pelo Poder Judiciário ao cumprimento de um direito fundamental social tutelado pode vir a impactar em outros direitos fundamentais sociais também assegurados, não obstante o risco de afetação do princípio de separação de poderes inerente ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, analisar-se-á brevemente a evolução histórica que levou o Brasil à adoção do Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal de 1988 representou importante marco dos direitos fundamentais sociais. Buscar-se-á analisar as características inerentes aos direitos fundamentais sociais e as razões que evidenciam os problemas de eficácia do texto constitucional.

Nesse sentido, far-se-á uma análise de questões relacionadas à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, pontuando as consequências da subjetividade das normas fundamentais e a limitação dos poderes à concretização dos direitos sociais com base na “reserva do possível”. Essa compreensão é essencial para a análise do direito fundamental social à saúde, notadamente às prestações positivas para fornecimento de medicamentos de alto custo.

Por fim, analisar-se-á a possibilidade de relativização do direito social fundamental à saúde quando a prestação positiva demandada do Estado acarretar prejuízo a outros direitos fundamentais sociais, inclusive coletivamente tutelados. Em se tratando de colisão entre direitos fundamentais, utilizar-se-á o Teste da Proporcionalidade como critério metodológico capaz de aferir se a omissão estatal está devidamente justificada.



Conclui-se, por fim, que a atuação jurisdicional que compele o Estado ao fornecimento de medicamentos de alto custo, sem qualquer ponderação do impacto que a referida prestação causará aos demais direitos fundamentais sociais igualmente garantidos, prejudica a consecução de políticas públicas pelos poderes legitimados e viola a discricionariedade epistêmica do legislador.

Para tanto, utilizar-se-á a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, de forma a realizar a pesquisa através da generalização visando a busca de uma conclusão específica, através de elementos na doutrina que objetivem a conclusão do problema apresentado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Em dissonância do cenário vivenciado pelos estados modernos, foi apenas com a adoção ao Estado Democrático de Direito no Brasil em 1988 que os Direitos Sociais foram efetivamente positivados no âmbito constitucional, deixando o Estado de ser mero espectador, cujo dever principal estava centrado em não violar liberdades, para ser também titular de obrigações prestacionais.

O surgimento da Constituição em sua atual concepção se dá pela necessidade de limitação de poder, consistindo num “instrumento de manutenção da ordem estabelecida”. Mas esta concepção de Estado tem como consequência a extrema desigualdade social que alavancou fortes movimentos no começo do século XX, resultando na adoção do Estado Social. Foi através deste movimento que se surgiu um novo conceito sobre o princípio da igualdade, que já não era mais concebido sob seu aspecto formal, mas sim em seu aspecto material: situações desiguais devem ser tratadas desigualmente. Todavia, este modelo de Estado foi visto como uma “revolução prometida”, pois sua realização dependia de ação política para concretização de medidas capazes de transformar a ordem social (Leal; Maas; Kirste, 2021, p. 12-13).

É neste cenário que nasce a concepção do Estado Democrático de Direito, cujas Constituições adotadas por este modelo de estado assumem lugar de destaque: como normas diretivas fundamentais, dirige-se aos poderes públicos e condiciona os particulares para assegurar a realização dos direitos fundamentais, tendo ligação paradigmática à função transformadora assumida pelo Direito. Neste cenário, a justiça constitucional passa a ser vista como “condição de possibilidade” do próprio Estado Democrático de Direito (Streck, 2014).

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988, que marcou a adoção do Estado Democrático de Direito inovou não apenas em positivar direitos fundamentais e atribuir eficácia à norma, mas também surpreendeu com seu extenso rol de direitos individuais e coletivos.



Dentre algumas características extensivas aos direitos fundamentais, três delas merecem destaque: o caráter analítico, o pluralismo e o cunho programático/dirigente. O caráter analítico se dá pelo extenso rol de dispositivos legais que representa a preocupação em resguardar os direitos assegurados de eventual supressão pelos Poderes e indica certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional. O pluralismo, por sua vez, se caracteriza pela positivação de diferentes reivindicações, a exemplo de dispositivos que asseguram inúmeros direitos sociais, mas também direitos de liberdades. Com relação ao cunho programático e dirigente, destacam-se as disposições que carecem de regulamentação legislativa e implementação pelos poderes públicos, seja através de programas, tarefas e fins a serem perseguidos para alcançar os objetivos ali previstos (Sarlet, 2015).

Lênio Streck (2014), ao discorrer a respeito do sentido da Constituição a partir da faticidade e temporalidade que está inserida, refere que a Constituição deve analisada sob a perspectiva da sociedade a qual ela se dirige, de forma que

[...] percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de “sua” falta; a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isso, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que “toma” lugar no mundo jurídico, estabelecendo um “novo dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição” e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade.

Os direitos fundamentais estão indissociavelmente vinculados ao que se entende por Constituição e Estado de Direito. Conforme Ingo Sarlet (2015) os direitos fundamentais integram “a essência do Estado constitucional” não apenas no seu aspecto formal, mas também constituindo elemento nuclear da Constituição em seu aspecto material. Tendo como base os direitos fundamentais, o Estado Constitucional passou a buscar a concretização dos referidos direitos para assim se tornar um Estado “ideal”.

Robert Alexy (2008, p. 433) classifica os direitos fundamentais em seus *status* negativo e positivo. Enquanto aquele objetiva proteger as liberdades individuais contra intervenções do Poder Público, nada mais sendo que o direito do cidadão à abstenção por parte do Estado, o *status* positivo dos direitos fundamentais define a obrigação do Estado a uma ação



positiva, chamada de direito a prestação em sentido amplo, a exemplo dos direitos fundamentais sociais.

O direito a prestações em sentido amplo corresponde ao direito a prestações normativas e a prestações fáticas. Como exemplo de direito a prestações fáticas está a disponibilização pelo Estado de medicamentos ao cidadão que ele mesmo poderia alcançar caso dispusesse de recursos financeiros, caracterizando-se como o direito a ações materiais do Estado. Com relação ao direito a prestações normativas, refere-se à vinculação da legislação, administração e jurisdição às normas de direitos fundamentais sociais (Gavião Filho, 2021, p. 43).

O Estado Democrático de Direito busca a consecução de objetivos coletivos, carecendo de atuação racional do Estado, planejada através da elaboração e implementação de políticas públicas como forma de garantir condições mínimas necessárias aos cidadãos para concretização de direitos sociais (Carvalhoes, 2019).

O texto constitucional prevê, também, questões relacionadas à destinação de recursos às políticas públicas que viabilizam o Direito Fundamental Social à saúde. No entanto, a complexidade inerente à efetivação destas políticas públicas se dá não apenas em razão dos altos custos decorrentes da compra de medicamentos, pagamento de funcionários, construção de infraestrutura e aquisição de equipamentos, mas também em decorrência da transferência de recursos de um ente a outro como efetivação de um federalismo cooperativo e limitação da Lei de Responsabilidade Fiscal aos gastos públicos com pessoal, impactando diretamente na efetivação do direito fundamental social à saúde (Bitencourt; Reck, 2022).

Ainda que a Constituição de 1988 tenha inaugurado um louvável (e extenso) rol de direitos fundamentais, a amplitude do catálogo conduz ao desprestígio do *status* gozado pelos direitos fundamentais, ainda que não seja este o principal motivo que acarreta a falta de efetividade dos direitos fundamentais. E é no âmbito do direito social à saúde que estão centralizadas muitas situações que evidenciam a ineficácia dos direitos fundamentais pela falta de cumprimento da obrigação estatal em alcançar prestações materiais, consequência do conflito permanente entre a escassez de recursos públicos e a efetividade dos direitos fundamentais sociais (Sarlet, 2015).

A existência de um texto constitucional avançado em matéria de direitos sociais por si só não basta para conferir eficácia às normas nele previstas. A precária distribuição dos serviços, aliada à omissão das políticas públicas decorrentes da inevitável restrição econômica, evidencia que a ineficácia não se dá pela falta de normas, mas sim pela falha na efetivação das



políticas públicas que deveriam derivar dos direitos fundamentais sociais (Leal; Maas; Kirste, 2021).

O direito à saúde está, por razões lógicas, intimamente ligado a ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição. Ao discorrer a respeito da base dos direitos sociais consagrados pela Constituição de 1988, Ingo Sarlet (2015) pontua a “necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”.

Por esta razão, deve-se questionar a respeito do excesso de intervenção jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais sociais, atentando-se que a interferência nos demais poderes, legitimados à criação de políticas públicas e destinação da verba orçamentária, não apenas pode influenciar diretamente na concretização de outros direitos fundamentais sociais, como fragilizar a separação de poderes, causando prejuízos ao Estado Democrático de Direito.

3. INTERVENÇÃO JURISDICIONAL (IN)JUSTIFICADA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização do direito fundamental social à saúde vem sendo questionada sob o fundamento de que a criação de políticas públicas e destinação da verba orçamentária são atribuições dos poderes executivo e legislativo, cuja interferência pelo poder judiciário poderia vir a causar um desequilíbrio arriscado ao Estado Democrático de Direito.

O problema suscitado quanto ao excesso de judicialização de demandas buscando a concretização da obrigação estatal desencadeia longa discussão a respeito daquilo que se entende por ativismo judicial e a justiciabilidade dos direitos fundamentais. Neste ponto, faz-se necessário observar, no caso concreto, se houve omissão dos poderes legislativo e executivo no cumprimento de suas funções, os aspectos econômicos a atividade do poder judiciário (Leal; Maas; Kirste, 2021).

Mas fato é que a própria Constituição de 1988² atribuiu ao Poder Judiciário o controle jurisdicional. Por esta razão, em caso de políticas públicas que sonheguem direitos fundamentais,

² Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



individuais ou sociais, seja em razão de omissão, ineficiência ou desvirtuamento, o judiciário tem o dever de agir (Mazza; Mendes, 2014).

Quanto à intervenção judicial no controle de políticas públicas, destacam-se os fundamentos adotados pelo Min. Celso de Mello na relatoria na ADPF 45 ao afirmar que, embora não se enquadre ordinariamente nas funções institucionais do Poder Judiciário, quando os órgãos estatais descumprirem as suas atribuições e, por esta razão, comprometerem a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos assegurados constitucionalmente, a função de formular e implementar políticas públicas poderá ser atribuída ao Poder Judiciário, ainda que os direitos violados derivem de cláusulas revestidas de conteúdo programático (Brasil, 2004).

Com relação à “reserva do possível”, expressão utilizada para conceituar a limitação dos recursos públicos, o Min. Celso de Mello exarou entendimento de que a efetivação e implementação dos direitos de segunda geração (dentre eles os direitos sociais), não apenas caracterizam-se pela gradualidade do processo de concretização, mas carecem de inevitável subordinação às possibilidades orçamentárias do Estado. Por esta razão, o Estado só poderá deixar de cumprir com a sua obrigação em efetivar os direitos assegurados pela carta constitucional quando demonstrada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (Brasil, 2004).

A expressiva dimensão política da jurisdição constitucional resta evidente. Nas palavras do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal não pode se eximir da atribuição de efetivar os direitos sociais “sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional” (Brasil, 2004).

Lênio Streck (2014) refere que o redimensionamento na relação entre os Poderes do Estado, com a efetiva participação dos tribunais constitucionais também no aspecto político, dá-se por consequência de uma experiência negativa de legitimação derivada do nazismo pela vontade da maioria. O redimensionamento da atribuição conferida ao Poder Judiciário surge como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, cuja importância ganha maior dimensão nos países que, assim como o Brasil, passaram a positivar direitos sociais somente a partir da adoção do Estado Democrático de Direito.

Todavia, as problemáticas identificadas pela atuação jurisdicional não decorrem da inquestionável possibilidade de controle judicial, mas sim em como esse controle às políticas



públicas vem sendo efetivado, uma vez que a capacidade institucional e os efeitos das decisões proferidas pelos tribunais são questionáveis.

Com relação à capacidade institucional do Poder Judiciário para interferir em políticas públicas, salienta-se que as dimensões fáticas da matéria podem vir a ultrapassar a alçada do direito diante da sua complexidade, como questões que carecem de conhecimento técnico e científico específico (Maas; Leal, 2019a, p. 230). A respeito da (in)capacidade institucional, Gavião Filho (2021, p.50) discorre sobre a carência de expertise dos operadores do direito para impor soluções a questões que envolvem a concretização de direitos fundamentais sociais, argumento que ganha especial destaque quando considerada a qualificação dos titulares efetivos do dever de criar e implementar políticas públicas, sejam eles atores legislativos ou membros do executivo, em dissonância da questionável qualificação técnica inerente à jurisdição para decidir questões complexas, de alto impacto político.

Já os efeitos das decisões proferidas pelos tribunais fundamentadas na concretização de direitos fundamentais sociais representam ameaças e possíveis violações ao princípio da separação de poderes. O risco não decorre apenas em razão da abrangência, mas também à medida que a intervenção judicial afeta os demais setores públicos. Se a atuação jurisdicional é permitida em caráter excepcional, a ausência de uma teoria jurídica que disponha de critérios técnicos e jurídicos para permitir um adequado controle pelo Poder Judiciário acaba “reforçando a noção de discricionariedade dos Poderes Públicos e diminuindo, por sua vez, as possibilidades de fiscalização e de controle pelo Judiciário” (Maas; Leal, 2019a, p. 230-231).

Ingo Sarlet (2015) aponta como sendo uma das principais falhas identificadas no catálogo de direitos fundamentais a ausência de rigor científico, especialmente com relação às terminologias, por vezes genéricas, que acabam ensejando problemas de ordem hermenêutica.

Buscando resolver as questões relacionadas aos direitos fundamentais sociais, Maas e Leal (2019a, b. 231) utilizam-se da “metodologia fuzzy”, desenvolvida por Canotilho (2004 apud Maas; Leal, 2019a, p. 231), que sustenta a carga metodológica de “vaguez, indeterminação e impressionismo” sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos econômicos, social e culturais. Para o autor, “a ignorância é tanto fática quanto técnica e jurídica”, pois juristas não sabem o que estão falando quando abordam problemas complexos de direitos de segunda dimensão.

Gavião Filho (2019, p. 26) assevera que o problema de conteúdo e de estrutura se dá pela indeterminação da extensão dos direitos fundamentais sociais e suas características de alternatividade. As normas que dispõem a respeito de direitos fundamentais sociais, quando



prescindem de atuação da legislação ou da administração para sua concretização, são omissas quanto à extensão da prestação estatal material. A alternatividade, por sua vez, caracteriza-se pela disponibilidade de diferentes meios para concretização de um mesmo direito fundamental social, sendo possível existir diversas medidas igualmente eficazes, sem haver pré-definições, ficando sob critério da discricionariedade do poder público.

Neste sentido, Maas e Leal (2019b, p. 202-203) analisam a intensidade do controle judicial de políticas públicas através de conceitos desenvolvidos por Tushnet (2014 apud Maas; Leal, 2019b, p. 203): “controle ou revisão judicial forte (efetivo) e fraco (débil ou limitado)”. A “revisão judicial forte” se dá quando o Poder Judiciário atribui aos outros poderes uma tarefa para efetivação dos direitos judicialmente buscados, implantando uma medida e estipulando o prazo para que ela seja cumprida. Já quando as decisões proferidas pelo judiciário se limitam a declarar direitos já existentes, sem estabelecer medidas com limitação temporal, tem-se caracterizada a chamada “revisão judicial débil, fraca”.

Com relação à margem de apreciação da administração e da legislação, os níveis de intensidade do controle jurisdicional são classificados como leve, moderado ou grave. Nesta perspectiva, quanto maior for o grau da deferência jurisdicional em relação à administração e à legislação, menor será a intensidade de controle, e quanto menor for o grau de deferência jurisdicional, maior será considerada a intensidade desse controle (Gavião Filho, 2021, p. 52).

Sob os critérios definidos por Tushnet, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas são classificadas como “forte”, pois o Tribunal Constitucional não apenas declara o direito, mas também o impõe. Todavia, se tratando de direitos fundamentais sociais a prestações positivas, a atuação do Poder Judiciário deveria ser “fraca”, enquanto para resguardar prestações negativas dos direitos fundamentais sociais, sua atuação deveria ser “forte” para concretização efetiva dos direitos. (Maas; Leal, 2019b, p. 204/208).

Deve-se esclarecer que a referida premissa não busca divergir a respeito da titularidade individual dos direitos fundamentais sociais como pretexto para reduzir a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas. A própria norma constitucional prevê a titularidade individual do direito social à saúde. O que se questiona, em verdade, é a falta de utilização de mecanismos de ponderação entre o direito fundamental social individual à saúde e as consequências a outros direitos fundamentais sociais, por vezes coletivo, que também devem ser tutelados pelo Estado.



4. APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Apesar do direito fundamental social à saúde estar intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana e, por lógico, merecer efetiva tutela por parte do Estado, seja ela individual ou coletiva, não se pode ignorar que a efetivação de direitos fundamentais, especialmente aqueles que demandam prestações positivas por parte do Estado, possui como barreira a limitação orçamentária.

Inicialmente, em se tratando de efetivação pelo Estado de um direito fundamental social prestacional que o próprio indivíduo, em razão da sua capacidade financeira, poderia arcar sem prejuízo ao seu próprio sustento, não se mostra razoável imputar ao Estado a referida obrigação, ainda que não acarrete efetivo prejuízo aos cofres públicos.

Neste sentido, a respeito do direito de acesso ao ensino superior, a Corte Constitucional Federal Alemã firmou entendimento de que, ainda que o Estado disponha de recursos e tenha o poder da disposição, a prestação deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, não sendo possível exigir do Estado a referida prestação por não se manter nos limites do razoável. Todavia, o que se entende por razoável depende da ponderação por parte do legislador (Sarlet, 2015).

Ainda que muitos juristas questionem a individualidade dos direitos sociais como argumento para alcançar a redução de demandas judiciais, o que se busca, em verdade, é a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cujas necessidades individuais e coletivas devem ser conciliadas. Neste sentido (Dallari, 2011 apud Mazza; Mendes, 2014, p. 47) afirma que

Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo.

Embora a chamada “reserva do possível” seja suscitada habitualmente como justificativa da falta de prestação de direitos fundamentais, quando se está diante de conflito pode atuar para garantir estes mesmos direitos. Como exemplo, Ingo Sarlet (2015) refere que a reserva do possível terá este viés garantidor “quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos



os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.

A respeito da eficácia do texto constitucional, David M. Beatty (2014, p. 249-253) refere que mesmo quando a linguagem é contundente e categórica, não se pode interpretá-la como uma garantia absoluta e imutável. Como exemplo, o autor cita decisão da Suprema Corte da África do Sul no caso *Soobramoney vs. Ministro da Saúde*, onde o Tribunal Constitucional entendeu que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer tratamento de hemodiálise, ainda que a negativa implicasse na morte do cidadão, visto que uma decisão que concedesse o referido tratamento a todos os portadores de insuficiência renal acarretaria em grande prejuízo ao cumprimento da obrigação estatal de prestar serviços básicos de saúde a toda a população, tendo em vista a escassez de recursos públicos.

Em se tratando de direito fundamental social à saúde, deve-se ponderar que os gastos estatais para sua concretização em benefício coletivo são significativos. Por esta razão, as decisões proferidas pelo STF que deferem o acesso a medicamentos de alto custo se mostram questionáveis à medida que não são provenientes de nenhum rigor metodológico que garanta a racionalidade da decisão, especialmente quando vista sob a ótica da “reserva do possível”, caracterizada pela limitação orçamentária do Estado para realização de políticas públicas e seus impactos aos direitos fundamentais sociais da coletividade.

Em decisão proferida em sede do Recurso Extraordinário nº 566.471-6 foi admitida a repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Na mencionada decisão, o Relator Ministro Marco Aurélio assentou que a dúvida recai sobre “se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença” (Brasil, 2007, p. 1686). Todavia, passados quase dezessete anos do reconhecimento da existência de repercussão geral, não houve qualquer decisão a respeito da questão constitucional suscitada, causando incertezas e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

A fim de se verificar se o indivíduo que busca do Estado o fornecimento de medicamentos de alto custo, o teste da proporcionalidade pode ser adotado como critério metodológico para aferir o direito definitivo a uma prestação estatal com base no direito fundamental social à saúde (Gavião Filho, 2021, p. 58).

O teste de proporcionalidade busca verificar se a violação a um direito fundamental social está justificada e sua estrutura metodológica dividida em quatro subtestes “alcança



clareza ao desenvolvimento da argumentação de justificação da decisão jurisdicional” além de atender objetivamente o problema da competência anteriormente citado, pois na ponderação são incluídos princípios formais da competência legislativa e da administração. Por fim, o teste da proporcionalidade “abre espaço para análise e discussão da segurança das premissas empíricas e normativas apoiadoras das medidas estatais” (Gavião Filho, 2021, p. 58).

Em se tratando de direito fundamental social à saúde, quando postulado ao Estado que forneça ao indivíduo medicamentos de alto custo, a aplicação do teste da proporcionalidade se dará, inicialmente, através da verificação se a prestação material almejada persegue um fim constitucionalmente legítimo (neste caso, o direito fundamental social à saúde) e somente acarretará a análise do segundo subtteste caso superado o critério anterior. No segundo subtteste se verifica se a prestação material do medicamento de alto custo é um meio adequado para proteção do direito fundamental social à saúde; neste caso, deve-se analisar se o tratamento medicamentoso possui eficácia em alguma medida. Já o terceiro subtteste diz respeito à necessidade: entre todas as medidas igualmente eficazes, a prestação material pretendida é a que menos interfere em outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos? E, por fim, deve-se aferir a proporcionalidade em sentido estrito, ponderando se a importância do fornecimento do medicamento de alto custo justifica o prejuízo dos outros direitos fundamentais igualmente tutelados, então “a omissão estatal dessa prestação material não satisfaz o teste da proporcionalidade – não está justificada porque é desproporcional – resultando violada a regra da proibição de proteção insuficiente” (Gavião Filho, 2021, p.58-59).

Robert Alexy (2008, p. 299) denomina como “lei do sopesamento” o já mencionado subtteste da proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, sustentando que uma intervenção intensa somente é justificada se estiver fundamentada em razões relevantes. Laura Clérico (2009, p. 196) preceitua que a lei do sopesamento formulada por Alexy estabelece uma relação entre os graus de realização, afetação e a importância da realização de dois ou mais princípios. Todavia, a lei do sopesamento de Alexy não pode determinar por si mesma a relação de prioridade entre princípios, pois ela não oferece uma diretriz material que solucione a colisão, mas disponibiliza um procedimento de justificação da decisão que afetou o direito constitucionalmente tutelado.

Com relação à aplicação dos critérios de adequação e necessidade, Robert Alexy (2008) assevera que a avaliação destes critérios habitualmente suscita problemas de prognósticos, uma vez que estes exames dizem respeito a uma relação entre meio e fim. Nestas situações, atribui-



se um papel à discricionariedade epistêmica do legislador, reconhecendo-se a sua competência para avaliar as variáveis empíricas.

Por esta razão, a frequente atuação do Supremo Tribunal de Federal em compelir o Estado à obrigação de fornecer medicamentos de alto custo, amparado pelo direito fundamental social à saúde, sem qualquer ponderação do impacto causado pela prestação material aos cofres públicos, não apenas viola a discricionariedade epistêmica do legislador, como prejudica a efetivação de políticas públicas por parte dos poderes legitimados.

Exigir do ente público a demonstração objetiva de sua incapacidade econômico-financeira para arcar com altos custos de medicamentos ao indivíduo parece ignorar que a prestação material possui reflexo lógico a outros direitos fundamentais sociais também tutelados.

CONCLUSÃO

O direito à saúde, como direito fundamental social, possui natureza programática que representa um status positivo da ação estatal. O Estado possui como dever não apenas garantir liberdades, como também alcançar prestações materiais através da implementação e efetivação de políticas públicas que ponham em prática as disposições constitucionais.

Todavia, em se tratando de um estado cujos direitos sociais foram positivados tardiamente, tem-se como consequência a ineficácia das políticas públicas diante da desigualdade social que resulta numa sociedade majoritariamente vulnerável, carente de efetivação das prestações positivas decorrentes dos direitos fundamentais sociais.

Neste contexto, estando o poder judiciário legitimado para garantir os direitos fundamentais sociais, surge a judicialização em massa de demandas visando a concretização destes direitos. No entanto, sendo atribuição dos poderes legislativo e executivo a criação e efetivação de políticas pública, a interferência excessiva, especialmente no que diz respeito às prestações que demandam grande destinação orçamentária, pode ser entendida como violação ao princípio da separação dos poderes, alicerce do Estado Democrático do Direito.

A inobservância da “reserva do possível” como critério limitador do orçamento estatal na efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz respeito à saúde, é tema que exige cautela. Em se tratando de situações em que o indivíduo busca o fornecimento de medicamento de alto custo, emerge a necessidade de aplicação do teste da proporcionalidade.



Através dos seus quatro elementos, o teste da proporcionalidade é utilizado como critério metodológico eficaz, capaz de aferir se a intervenção em um direito fundamental está devidamente justificada sob a ótica dos critérios de ponderação. Portanto, tratando-se de prestação estatal positiva que demanda a dispensa de elevados custos para sua concretização, o fornecimento de medicamentos de alto custo deve ser ponderado quanto as consequências causadas pelo comprometimento dos recursos públicos a outros direitos fundamentais sociais, inclusive aqueles que favorecem a coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. A gestão pública do direito à saúde e a possibilidade de anulação de atos orçamentários: possibilidades a partir de uma observação da teoria sistêmica. In: CANO, C. A.; LEAL, R. G.; GONZÁLEZ, J. S. (org.). **Direitos fundamentais e políticas públicas**. v. 1. Espanha: Bubok Publishing, 2021, p. 109-143.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF**. Arguido Presidente da República. Arguiste Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 03 jul. 2023.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

CARVALHAES, Andreia S. N. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controles e medidas judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GAVIÃO FILHO, A. P. Direitos fundamentais sociais, teste da proporcionalidade e escrutínio da razoabilidade. In: CANO, C. A.; LEAL, R. G.; GONZÁLEZ, J. S. (org.). **Direitos fundamentais e políticas públicas**. v. 1. Espanha: Bubok Publishing, 2021, p. 37-64.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H; KIRSTE, S. **Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria**. Curitiba: Ithala, 2021.

LEAL, M. C. H.; MORAES, M. V. O Supremo Tribunal Federal e a (não) intervenção em matéria de políticas públicas: da omissão como justificativa à relação entre poderes. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 01, n. 68, p. 378-402, 2022.



LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H.. Políticas públicas e o “fuzzysmo” da efetividade dos direitos fundamentais sociais: análise crítica do Are 639.337/STF – acesso à educação. **Interlocuções Jurídicas Luso-Brasileiras**, v. 02, p. 225-244, 2019a.

MAAS, R. H.; LEAL, M. C. H.. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco?”. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, 2019b.

MAZZA, F. F.; MENDES, A. N. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/75519>. Acesso em: 4 jul. 2023.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre, v. 12: Livraria do Advogado, 2015. E-book não paginado.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo, 4 ed.: Revista dos Tribunais, 2014. E-book não paginado.