

**O comprometimento do dever estatal ante a reserva do possível, uma análise  
principiológica**

**DOI: 10.31994/rvs.v11i2.696**

Gabriela Albuquerque Pereira<sup>1</sup>

Daniel Stefani Ribas<sup>2</sup>

Guilherme Augusto Giovanoni da Silva<sup>3</sup>

**RESUMO**

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar como a atuação estatal contrasta com a aplicação da Reserva do Possível, evidenciando a visível inconstitucionalidade e a consequente insegurança gerada ao ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada no presente trabalho foi bibliográfica, documental e jurisprudencial. Em um estudo com perspectiva no Direito Constitucional e Administrativo, notam-se constantes omissões por parte do Estado em deveres assumidos através de normas constitucionais e infraconstitucionais, ferindo preceitos basilares em um Estado Democrático de Direito, o que ocasiona uma atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE: PRESTAÇÕES POSITIVAS. RESERVA DO POSSÍVEL. NEGLIGÊNCIA ESTATAL. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.**

---

<sup>1</sup> Acadêmica das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Diretora de Assuntos Acadêmicos do DCE/FIVJ, Monitora de Direito Constitucional. ORCID: 0000-0001-6067-9412. E-mail: albuquerque\_gabriela@yahoo.com

<sup>2</sup> Acadêmico das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Vice-Presidente do DCE/FIVJ, Monitor de Direito Administrativo. ORCID: 0000-0001-7888-0755. E-mail: danielstefani61@gmail.com

<sup>3</sup> Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Jr., Mestre pela Universidade Autónoma de Lisboa, Advogado. ORCID: 0000-0001-9359-0182. E-mail: ggiovanoni@vianna.edu.br

## **The compromise of the state duty before the reserve of the possible, a principiological analysis**

### **ABSTRACT**

The main objective of this article is to demonstrate how the State's action can contrast with the application of the principle of reserve for contingencies, demonstrating the unconstitutionality and insecurity in Brazilian's legal order. The methodology in this assignment was bibliographic, documentary and jurisprudential. In a study with constitutional law and administrative law, frequently omissions for States in duties were observed, that was assumed in constitutional and infraconstitucional rules, hurting important precepts in a Democratic State Law, causing more active assessment of the Judiciary.

**KEYWORDS: POSITIVE BENEFITS. RESERVATION POSSIBLE. STATE NEGLECT. JUDICIALIZATION OF HEALTH.**

### **INTRODUÇÃO**

Em consonância com preceitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado assume uma postura voltada para diversas prestações positivas, que, muitas vezes, contrastam com o cenário econômico existente no país. Dessa forma, frequentemente entra em voga a questão da Reserva do Possível, principalmente quando o assunto é o Direito à Saúde, visto que envolve muitos gastos para o Estado, ocasionando situações como a Judicialização da saúde, na qual o Judiciário intervém fortemente buscando garantir tal direito fundamental aos cidadãos.

De modo antagônico ao que preconiza as prerrogativas legitimadas pela legislação constitucional e infraconstitucional, o Estado atua de maneira omissa, comprometendo sua função de tutela jurisdicional, gerando déficits irreparáveis à sociedade.

Dessarte, a questão norteadora do trabalho é: até que ponto a Reserva do Possível compromete os deveres do Estado?

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar situações em que o dever de prestações positivas do Estado é comprometido ante a Reserva do Possível, demonstrando a visível inconstitucionalidade e a conseqüente insegurança gerada ao ordenamento jurídico. Para isso, a metodologia utilizada foi bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O primeiro tópico do artigo elucida a importância das garantias sociais presentes em nosso ordenamento jurídico. Já no segundo tópico, foi elaborada uma análise sobre como esses direitos são prejudicados ante a Reserva do Possível, destacando jurisprudências relacionadas à judicialização da saúde. Concluindo, discorreremos sobre como os princípios administrativos são violados nos casos de judicialização da saúde.

## **1 AS GARANTIAS SOCIAIS**

Adriano Ferreira da Silva (2016), ao realizar uma análise sobre a aplicação da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal, demonstra como a Constituição Federal de 1988 – conhecida também como Constituição Cidadã – alterou o nosso ordenamento jurídico.

Tal inovação se faz com um novo posicionamento do Poder Constituinte Originário, no qual os temas contidos na Lei Maior se tornam cada vez mais abrangentes e, muitas vezes, por meio de normas, são instituídas metas para a Nação, devido ao seu caráter abrangente e de difícil concretização ante os obstáculos observados pelo Estado.

Seguindo, o autor explica que, com a propulsão dos Direitos de Segunda Geração (conhecidos como Direitos Sociais), as prestações positivas do Estado aumentaram significativamente. Em um momento anterior à referida Constituição, ocorria a prevalência de Direitos Individuais, que pertenciam à Primeira Geração de Direitos e objetivavam principalmente uma atuação negativa do Estado, buscando garantir primordialmente os direitos relacionados à liberdade.

Assim, ao observar que a criação de direitos sociais demanda a criação de políticas públicas por parte do Estado, nota-se claramente que haverá mais gastos atrelados à máquina pública, reiterando como a nova Constituição impactou o contexto social, político e econômico como um todo. A partir de então, criam-se discussões que colocam em contraste a criação de novos direitos e o dever estatal em garanti-los com as dificuldades orçamentárias enfrentadas por parte do Poder Público.

Buscando a resolução de tais conflitos, o Poder Judiciário passa a atuar de maneira mais ativa, almejando garantir sempre a Dignidade da Pessoa Humana, supra princípio presente em nosso Ordenamento Jurídico, vejamos:

Enquanto defende-se, por um lado, que essa categoria de direitos depende de implementação progressiva por meio das políticas públicas cuja definição cabe aos Poderes da maioria, aptos a proceder, diante da falta de recursos, ao planejamento da maximização dos resultados com vista a diminuir os impactos gerados pela escassez, há, por outro, quem reconheça a legitimidade do Poder Judiciário em garantir, quando provocado, a plena eficácia desses direitos. De acordo com esta perspectiva, tal interferência, que somente ocorreria naqueles casos referentes à garantia e à prevalência da “dignidade humana”, não violariam a ideia de separação dos poderes (SILVA, 2016, p.8).

Mélo Filho (2006), em sua dissertação de mestrado, destaca importante correlação histórica, que acaba por classificar direitos de acordo com a necessidade da prestação advinda da atividade Estatal. Essencialmente, dividem-se as prestações de cunho positivo (as quais estão correlacionadas aos direitos sociais e econômicos) e as atividades de cunho negativo (tendo o direito à liberdade em grande destaque).

Em uma análise aos Direitos sociais, o autor evidencia a demanda de uma postura mais proativa do Estado, que almeja a concretização de direitos em âmbito público

e geral. Assim, uma demanda materialista se torna de suma importância para a efetivação dos direitos em questão, o que inevitavelmente ocasiona custos para o erário.

Em continuidade, o jurista salienta que essa classificação é apenas relativa, ante a indivisibilidade dos direitos fundamentais, o que deve ser interpretado apenas em relação ao objeto e às ações adotadas aos direitos, não anulando ou deixando de efetivar os direitos em voga.

Ressalta ainda sobre a natureza mista dos direitos sociais e a subdivisão dos direitos positivos em direitos positivos e negativos. Mesmo em uma postura abstencionista do Estado, relacionada direitos negativos, tornam-se necessárias diversas prestações materiais buscando a concretização desses; enquanto, em relação aos direitos positivos, há a necessidade de uma postura negativa do Estado, para que não haja interferências em relação às titularidades dos direitos.

Segundo o mesmo raciocínio, a importância se faz quanto à equivalência dos direitos positivos e negativos perante a análise dos custos econômicos, o que possibilita uma melhor ponderação com o que será gasto, com os investimentos do setor público.

Em sua abordagem, esclarece de forma indubitável que o que impede a plena efetivação dos direitos fundamentais é uma questão que vai além da disponibilidade de verbas Estatais, passando a abranger também a perspectiva das opções políticas adotadas pelos governantes.

Mélo Filho (2006) aprofunda ainda o estudo evidenciando como as questões políticas influenciam o modo como o orçamento público será distribuído.

O autor elucida que, nos casos de políticas com orientação liberal, a tendência é que sejam priorizados direitos que demandam uma prestação de cunho negativo, que demandam uma atividade abstencionista do Estado, como se faz necessário nos casos do direito à liberdade e do direito à propriedade.

Em contraponto, destaca que, em governos com orientações mais sociais e progressistas, são mais aplicáveis medidas de cunho positivo, que buscam através do exercício da atividade estatal proporcionar direitos essenciais aos populares.

Por fim, conclui seu raciocínio colocando o argumento da exaustão dos recursos como um meio para a escusa do cumprimento dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, criticando também de maneira reflexa as ideias defendidas no âmbito nacional sobre a “Reserva do Possível”.

## 2 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Demonstra o Ministro Celso de Mello (2017) a importância do Poder Judiciário na efetivação das Normas Constitucionais, as quais, caso contrário, poderiam se tornar, em suas palavras, apenas uma “letra morta”. Com isso, faz-se de suma importância a concretização de uma visão que busque cada vez mais a efetivação dos princípios fixados na Constituição, objetivando sua eficácia.

Tal eficácia se torna clara no momento em que se passa a compreender a importância dos *status* constitucionais. Isso significa que o mandamento que se encontra no topo do ordenamento jurídico deve ter sua eficácia plena e garantida, sobressaindo inclusive quando em contraste com uma norma infraconstitucional, que jamais poderá afrontar uma norma constitucional (MELLO, 2017).

Assim, nesta análise, fica cristalino que as normas e os princípios constitucionais não podem fazer parte apenas de uma idealização abstrata do que se almeja em um país, mas necessita de uma aplicação real no cotidiano dos cidadãos. Vejamos:

Além disso, a Constituição não é mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a lei das leis. É a máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.

À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalão forem, bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional, escapa ao seu império. Segue-se que sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato –

geral ou individual, abstrato ou concreto – em descompasso com a Constituição, sem que tal ato seja nulo e das mais graves nulidade, por implicar ofensa ao regramento de calão máximo (MELLO, 2017, p. 65-66).

A partir desse viés, o Ministro ainda evidencia a essencialidade das normas de direito constitucional, principalmente das que preveem os direitos e as garantias fundamentais, colocando o Poder Judiciário em destaque quando se trata da efetivação desses direitos. Porém, torna-se necessária uma análise realística do caso em concreto, a qual deverá analisar o direito subjetivo do destinatário do direito em voga e as autênticas condições orçamentarias do Estado.

Juvêncio Borges da Silva (2018), expõem que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, seguindo o §1 do art. 5 da Carta Maior Brasileira, tornando de suma importância o respeito a uma efetividade mínima dos direitos sociais. O autor demonstra ainda que esses direitos essenciais foram previstos diversas vezes pelo Poder Legislativo, estando presentes no decorrer de toda a Constituição e conseqüentemente do ordenamento jurídico em geral.

No mesmo raciocínio, o autor ressalta que, em relação aos direitos sociais, além da previsão constitucional da autoaplicabilidade, deve ser ainda ressaltada a questão da indisponibilidade, seguindo o disposto no art. 6 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que proporciona uma definição de quais serão esses direitos, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Assim, é evidente que um reconhecimento puramente formal é insuficiente para a garantia desses direitos, devendo ser atribuída ao Estado a obrigação da concretização dessas prestações positivas, recaindo, conseqüentemente, aos poderes públicos a implementação de políticas públicas, que muitas vezes contrastam com a limitação dos recursos estatais (BORGES SILVA, 2018).

Em vista disso, o autor salienta que, apesar de louvável a previsão de que consta a aplicação imediata das normas, sua eficácia muitas vezes está condicionada a fatores econômicos. Com isso, diversos integrantes do Estado buscam implantar a dita Teoria da “Reserva do Possível” como justificativa para suas incontáveis omissões.

Borges Silva (2018), em continuidade a sua análise, passa a prestigiar a teoria da “Reserva do Possível”, originária de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que condiciona a prestação de serviços públicos à disponibilidade dos recursos econômicos existentes. Assim, perante o caráter finito e limitado dos referidos recursos, cria-se a necessidade de meios que otimizem a sua utilização, pautando-se essencialmente na razoabilidade da aplicação da verba. O autor se posiciona da seguinte maneira:

Com efeito, a cláusula da reserva do possível relaciona-se com a razoabilidade entre a aplicação dos recursos provenientes do orçamento e das pretensões dos indivíduos perante o Estado: os direitos sociais estão sob a reserva do possível somente naquilo que é razoável exigir do Estado e, em última análise, da própria sociedade. Contudo, no Brasil, não costuma referir-se à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos financeiros (BORGES SILVA, 2018, p.12).

Em conclusão, o autor elucida de maneira simplista qual posicionamento pode ser adotado em relação à efetividade dos direitos sociais por parte do Poder Público: “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório.” (BORGES SILVA, 2018).

De acordo com Vieira (2020), é relevante mencionar que a reserva do possível não pode ser demarcada apenas por questões de caráter financeiro ou econômico, o que torna imprescindível na análise do referido princípio, a aspiração do caso concreto, que deve encontrar acolhida no que seja razoável. Deste modo, mesmo no caso de o Estado possuir recursos suficientes, não devem ser admitidos pleitos irrazoáveis.

De tal modo que a invocação da reserva do possível somente é viável nos momentos em que se encontrar embasado, concomitante em dois parâmetros, quais



sejam: “a) a irrazoabilidade do objeto pretendido e b) a real ausência de recursos por parte do Estado” (VIEIRA, 2020, p. 38).

Na mesma linha de raciocínio é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que demonstra a tentativa do Estado de demitir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem o acontecimento de justo motivo, objetivamente aferível quando “puder resultar nulificação ou até, mesmo, aniquilação de direitos fundamentais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade”. Vejamos:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

Acrescentam ainda Dimoulis e Martins (2018) alguns pontos a serem observados quando o assunto trata da atuação positiva do Estado, almejando a garantia prestação de direitos fundamentais, que não pode deixar de ser implementada por circunstâncias quaisquer.

Em um primeiro momento, evidenciam os autores que é preciso observar que o “possível” deve ser analisado através de um parâmetro bem detalhado e específico que preze pela atuação do Estado, não podendo ser utilizado para gerar benefícios e escusa de deveres quando empregado em uma determinada situação (DIMOULIS E MARTINS, 2018).

Após, continuam demonstrando uma preocupação com o vultoso Princípio da Separação dos Poderes, tornando claro que o poder judiciário poderá apenas interferir em casos em que haja uma defasagem em relação à efetivação de direitos fundamentais, mesmo com um correto estabelecimento da distribuição de recursos.

Por último, Dimoulis e Martins (2018) afirmam que é vedada uma postura limitada do Estado em relação ao seu dever constitucional de concretizar direitos sociais, dever esse que, devido a sua importância, deverá ter supremacia em relação aos demais, sendo inaceitável a utilização do ideal de Reserva do Possível como justificativa genérica e simplista.

Segundo Souza (2013), o Estado se torna responsável pela efetivação de direitos fundamentais, porém, devido às restrições econômicas, ele se torna responsável pela criação de políticas públicas que condicionam a utilização do dinheiro público a algumas finalidades. Tais finalidades devem ser definidas de acordo com uma ponderação de direitos que estão em voga em um determinado momento, devendo prevalecer aquele considerado de maior relevância, buscando sempre escolher o melhor destino para a verba a ser empregada.

O autor supracitado ressalta ainda que tais atos são enquadrados no poder discricionário da Administração Pública, que deve analisar, no contexto, a oportunidade e a conveniência da utilização das verbas, buscando garantir sempre o interesse público. Porém, é trivial que as normas e os preceitos constitucionais sejam respeitados, sendo dever do administrado prezar sempre pela efetivação dos direitos fundamentais.

Em tal análise, nota-se que a discricionariedade do administrador não está atrelada à escolha de efetivar ou não os direitos fundamentais, mas sim à escolha de

ponderar em uma situação específica qual deverá ser o bem jurídico tutelado em um primeiro plano.

Desse modo, não deve ser admitido que a Reserva do Possível seja utilizada como escusa para o não cumprimento dos deveres estatais supracitados, sendo sua mera alegação inaceitável caso não haja um respaldo que justifique a ineficácia no caso concreto (SOUZA, 2013).

Porém, o autor discorre sobre o assunto em uma análise realizada com base no Brasil contemporâneo, *ipsis litteris*:

Entretanto, o que se constata na realidade pátria é um completo des-caso com a efetivação dos direitos sociais, notado pelo mau planejamento das verbas pelo Estado, conjuntamente com a criação de políticas públicas insuficientes para atender à demanda da população brasileira. Questão que merece destaque nesse sentido é a corrupção crescente em nosso país, o que vem comprometer a manutenção da qualidade de vida da população, eis que o interesse maior do administrador público, que deveria ser o bem comum, passa a ser o de cunho pessoal (SOUZA, 2013, p.6).

Dessarte, o jurista demonstra a necessidade de melhores elaborações, tanto de planos orçamentários quanto de políticas públicas, buscando ainda colocar o bem comum como objetivo primordial a ser seguido pelos integrantes da administração.

## 2.1 Análise de jurisprudências

Em uma perspectiva nacional, é importante destacar a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 em relação a um caso que trata sobre as divergências entre as ideias de exigibilidade do direito e as questões financeiras atreladas a esta concretização. *In verbis*:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, im-

põe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata 49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 4. 50 STEPHEN HOLMES AND CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”. New York: Norton, 1999. 40 efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Desse modo, o Ministro se posiciona considerando a imediata exigibilidade dos direitos sociais, algo irrealizável, visto que é impossível materialmente a prestação de direitos sociais a todos os brasileiros. Por isso, tona-se essencial a possibilidade de uma justificativa plausível, advinda do Poder Público, que seja capaz de comprovar, de maneira razoável, a impossibilidade da prestação pelo Estado.

Ao observarmos o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no momento em que cita o princípio da Reserva do Possível, é cristalino que seja feito um juízo de ponderação para observar o bem comum, diante da inviabilização das políticas públicas futuras, já que, se for direcionada uma quantia vultuosa a um determinado indivíduo, poderá ocorrer a defasagem das demais políticas estatais.

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO DE PROVIDO.**

1.Havendo dúvida quanto à existência de alternativas terapêuticas em relação ao medicamento pleiteado, o qual, além de não padronizado pelo SUS, é de alto preço, há de se colocar em relevo o princípio da reserva do possível, sob pena de se inviabilizar a política pública de saúde sob uma perspectiva universal.

TJ-MG - AI: 10000170455190001 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 03/12/2017, Câmaras Cíveis /1º CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/12/2017.

Desta forma, validando tudo o que foi exposto neste artigo, a fim de refletir sobre qual método usar para sanar a dúvida sobre a judicialização da saúde, segundo o qual deve-se escolher entre a indisponibilidade do interesse público e o bem comum, é de suma importância ressaltar os princípios fundamentais que a Carta Magna nos mostra.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Partindo da perspectiva do ministro Gilmar Ferreira Mendes (2017), em seu livro Curso de Direito Constitucional, o ministro retrata os princípios da administração pública da seguinte forma:

*Além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, elencados no art.37 da Constituição Federal, a Lei n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, dispõe que “ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Os Princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público, presentes apenas no texto legal, decorrem dos princípios estabelecidos na Constituição (MENDES, 2017, p. 886).*

Todos esses princípios, que são tratados pela administração pública como norteadores, têm uma base ainda mais forte na indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público, os quais sempre buscam o bem comum. Assim, tomando a indisponibilidade do interesse público como primeiro parâmetro, essa justifica ações estatais de todos os três poderes, nas quais não são permitidas ações sem o devido respeito ao ato administrativo ou que estejam em divergência com os princípios correlatos. Já quando se trata da supremacia do interesse público, voltamo-nos para a necessidade de ações que busquem o bem comum, o qual deve estar voltado para a coletividade e não simplesmente para o individual.

Ana Luíza Gonçalves Ferreira (2012) retrata da seguinte forma a supremacia do interesse público em seu artigo:

O Princípio da Supremacia do Interesse Público existe com base no pressuposto de que “toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da “vontade geral”. Dessa maneira, os interesses privados encontram-se subordinados à atuação estatal (FERREIRA, 2012).

A atuação estatal, quando diminuída por conta desse princípio, implica diretamente na atual situação da saúde que sofre com vários processos, pois o Estado apresenta uma grande defasagem em relação à prestação desses serviços. Em determinadas situações, os pacientes acionam a justiça para custear tratamentos com valores altos, causando defasagem aos cofres públicos e, conseqüentemente, violando o princípio da indisponibilidade do interesse público e supremacia dele.

Diante dessas situações, o individual se sobrepõe ao bem comum, com tratamentos que contêm valores absurdos que acabam afetando a coletividade, visto que tais valores poderiam ser redirecionados investimentos para outras áreas e dessa forma atingiriam um contingente muito maior da população, respeitando esses dois princípios e principalmente valorando a busca para o bem comum.

Dalmo de Abreu Dallari (2016), em seu livro *Elementos de Teoria geral do Estado*, refere-se ao bem comum da seguinte forma:

Um conceito extremamente feliz de bem comum, verdadeiramente universal, que indica um valor reconhecível como tal por todos os homens, sejam quais forem as preferências pessoais, foi assim formulado pelo Papa João XXIII: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Na realidade, a ideia do bem comum ligado à socialização, já havia sido exposta pelo próprio Papa João XXIII numa encíclica anterior, a “*Mater et Magistra*”. E a sintetização dessa ideia em termos precisos deu como resultado o valioso conceito que aparece na “*Pacem in Terris*” (DALLARI, 2016, p.35).

Depois dessa elucidação, podemos observar que, ao liberar grandes valores para tratamentos ou procedimentos que envolvam só uma pessoa, é ferido o preceito fundamental de qualquer sociedade que é a busca pelo bem comum. Cinthya Oliveira, repórter do Jornal Hoje em Dia, apontou em sua reportagem os altos gastos com tratamentos em especial em Minas Gerais no ano de 2016:

Assessora-chefe do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde da Secretaria de Estado de Saúde (SES-MG), Patrícia de Oliveira informou que a pasta gastou R\$ 287,3 milhões para cumprir determinações da Justiça em 2016. “O custo do produto judicializado é muito maior do que pela via administrativa, uma vez que todo o processo de compra é individualizado, ou seja, o Estado só compra se existir a ação judicial”. Atualmente, o medicamento mais caro adquirido pela SES, por meio de liminar, é o Trastuzumab, usado no tratamento de câncer de mama. No ano passado, o governo mineiro gastou R\$ 27 milhões com o remédio. (OLIVEIRA, 2017).

Após mais uma elucidação dos altos gastos no estado de Minas Gerais, fica clara a perspectiva de violação aos preceitos da administração pública e também ao bem comum; situação considerada antagônica, já que preferencialmente, o coletivo deve se prevalecer sobre o individual.

Em contramão a todo esse posicionamento referente ao Direito Administrativo, a busca pelo bem comum está no Direito Constitucional e em seus princípios constitucionais, que garantem toda essa seguridade à sociedade, garantindo que cada indivíduo tenha acesso a tratamentos e medicamentos. A Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República é a principal fonte de garantia individual para requerer esse tipo de prestação estatal, podendo ser associado ao próprio direito à saúde a que a Constituição faz menção no seu art.196.

Diante do exposto, podemos observar que em primeiro plano está a necessidade de se preservarem as garantias constitucionais, destacando dentre os direitos sociais garantidos pela Carta Magna o direito à saúde. Porém, tal direito possui uma necessidade de garantia imediata, segundo o texto constitucional, o que faz com que o mandado de segurança seja o principal meio para se exercer essa garantia. Sendo

assim, o Judiciário se torna o responsável por prover a segurança e o tempo de resposta para tal problema.

Ademais, ao analisar a garantia da Reserva do Possível, vê-se a importância do Direito Constitucional para garantir o mínimo a cada indivíduo, principalmente quando o Estado tem o mínimo de condições de prover o direito.

A grande adversidade dessa Reserva do Possível encontra-se no significado de bem comum, de modo que definir determinadas quantias ou procedimentos para um indivíduo acaba esbarrando no preceito de bem comum e nos pilares do Direito Administrativo que se expressam na indisponibilidade do interesse público e na supremacia do interesse público. Desta forma, tem-se que observar esses detalhes para a aplicação concisa da decisão proferida pelo Estado.

## CONCLUSÃO

Ao refletir sobre a judicialização da saúde no âmbito jurídico, podemos perceber que o poder estatal sofre com a constante dúvida entre o bem comum e o bem individual. Com isso, o Poder Judiciário acaba obtendo o poder decisório, o que gera um grande dano à segurança jurídica.

As legislações administrativas e constitucionais se entrelaçam no caso concreto, proporcionando um juízo de ponderação que influi totalmente na situação que deverá ser discutida, não sendo uma única perspectiva correta. Nesse cenário, evidencia-se cada vez mais a necessidade de jurisprudências consolidadas, buscando proporcionar segurança ao ordenamento jurídico como um todo e proteger os direitos dos cidadãos.

O debate entre bem comum e bem individual sempre vai estar presente. É evidente que não se pode levar a extremos a discussão do presente artigo, que busca mostrar ambos os lados da atual situação jurídica do país. Portanto, a questão sobre bem comum se amplia e deve ser analisada de forma pontual para que se consiga encontrar um ponto de equilíbrio entre bem comum e bem individual, atribuindo ao





Poder Judiciário uma posição de garantidor em relação à concretização do direito fundamental à saúde.

## REFERÊNCIAS

BORGES SILVA, Juvêncio; ZACARIAS, Fabiana, GUIMARÃES; MOREIRA, Leonardo Aquino. A universalização dos Direitos Sociais e sua relevância para o exercício e concreção da Cidadania. **Journal of institutional studies 1, Revista Digital Estudos Institucionais**, v. 4, n. 01, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/download/146/223>> Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de instrumento. Tutela de urgência judicialização do direito à saúde. Assistência farmacêutica. Medicamento não padronizado. Princípio da reserva do possível. Recurso conhecido de provido.** Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530140802/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000170455190001-mg/inteiro-teor-530140819?ref=juris-tabs>> Acesso em: 28 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45.** Brasília, 30 de abril de 2004.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.



FERREIRA, Ana Luíza Gonçalves. Princípio da Supremacia do Interesse Público e Princípio da indisponibilidade do interesse Público: Pilares do Regime Jurídico-Administrativo. **Conteúdo Jurídico**. 20. out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32017/principio-da-supremacia-do-interesse-publico-e-principio-da-indisponibilidade-do-interesse-publico-pilares-do-regime-juridico-administrativo>> Acesso em: 27 jul. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63-78, 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239/1160>> Acesso em: 08 fev. 2020.

MÉLO FILHO, M. A. **Direitos Fundamentais e exigibilidade das prestações sociais: a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais prestacionais e o papel do judiciário**. 2006. 197f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4565/1/arquivo5945\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4565/1/arquivo5945_1.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Cinthya. Pacientes recorrem à Justiça para ter tratamentos caros; gastos cresceram 1.000% nos últimos 7 anos. **Hoje em Dia**. 14 abril. 2017. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pacientes-recorrem-%C3%A0-justi%C3%A7a-para-ter-tratamentos-caros-gastos-cresceram-1-000-nos-%C3%BAltimos-7-anos-1.457991>>. Acesso em 25 jul. 2020.

SILVA, A.F. da. **Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal: Uma Expressão Enigmática**. 2016. 135f. Monografia, Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288\\_monografia\\_2016\\_AdrianoFerreira.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2020.

SOUZA, L. D. F. de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2020.



VIEIRA, Artur Alves Pinho. **Direitos sociais, orçamento participativo e democracia em Jurgen Habermas.** 1. ed. – Belo Horizonte: Dialética,2020.

Recebido em 13/07/2020

Publicado em 31/08/2020