Judicialização da saúde

Valesca Athayde de Souza Paradela
Advogada.

Resumo: O presente trabalho aborda a questão da judicilização da saúde, utilizando como marco teórico principal a teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2009), apresentando o direito à saúde como um direito social que em seu mínimo existencial é um direito fundamental, entende-se por esse mínimo a vida, e, por isso, o seu núcleo essencial deve ser preservado. A ponderação de princípios, utilizando a máxima da proporcionalidade, subdividida em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é apresentada como um caminho para a solução de conflitos do direito à saúde frente à Administração Pública.

Palavras-chave: Saúde. Vida. Administração Pública. Alexy. Ponderação.

Sumário: **1** Introdução – **2** Teoria dos direitos fundamentais – **2.1** Regras e princípios – **2.2** Direitos fundamentais sociais – **2.3** O mínimo existencial – **2.3.1** Limites dos limites – **2.3.2** Reserva do possível – **3** Conclusão – Referências

1 Introdução

As políticas públicas na área de saúde são insuficientes, no entanto a interferência do judiciário através das concessões de medidas de urgência para procedimentos médicos ou fornecimento de medicamentos podem proporcionar resultados drásticos, interferindo diretamente nessas políticas.

Tais decisões podem destruir qualquer planejamento que tenha sido feito. Se, por um lado, alguém pode viver porque recebeu uma liminar que satisfaz suas necessidades, de outro lado alguém pode morrer; pode não haver recursos para satisfazer todas as demandas judiciais.

O problema vislumbrado nesse trabalho envolve as medidas judiciais de urgência frente ao Sistema Único de Saúde. Seriam estas uma solução adequada para o problema da escassez? Em virtude de medidas de urgência, um paciente poderá ser salvo; e o que acontecerá com o paciente que estava aguardando a sua vez na esfera administrativa?

Justifica-se o presente trabalho através da análise das decisões judiciais em sede de medidas de urgência em relação à saúde. Existe uma lacuna entre o judiciário e executivo, uma falta de comunicação e um agir em posições opostas que compromete a saúde no Brasil.

Dessa forma, uma pesquisa que leve a avaliar a judicialização da saúde revela-se pertinente; ademais, quando um problema é diagnosticado, deve-se, de imediato, apontar os possíveis remédios para ele. Dessa forma, ao encontrar o foco do problema em questão serão discutidas as vertentes de possíveis soluções.

Uma das soluções possíveis é a ponderação de princípios; assim, a teoria dos direitos fundamentais, sustentada por Alexy (2009), será um dos marcos teóricos utilizados para a confecção da presente monografia.

Em complemento às ideias de Alexy, a teoria dos custos do direito será utilizada como forma de sustentação dos argumentos que serão aqui apresentados; tal teoria baseia-se na realidade que direitos têm custos, nas palavras de Galdino (2005): não nascem em árvores!

A fenomenologia será o método, em essencial a fenomenologia da percepção proposta por Merleau-Ponty (1999, p. 13), perceber e analisar a judicialização da saúde, afastando-se de opiniões próprias, na tentativa de ser o mais imparcial possível.

Pretende-se com a percepção do real construir um pensamento capaz de gerar mudanças, para tanto, "devo afastar de mim o meu corpo" (MERLEAU-PONTY, 1999, p. 9), ou seja, ser o mais imparcial possível, reter-se aos fatos.

Contudo, não pode ser negado que quem percebe traz consigo um pouco da essência própria; assim, mesmo buscando a imparcialidade, tem-se a consciência que o presente trabalho trará a visão de quem escreve.

2 Teoria dos direitos fundamentais

2.1 Regras e princípios

Como dito na parte introdutória, a teoria dos princípios irá guiar todos os passos da presente monografia; assim, um breve estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais se faz necessário para o bom desempenho dessa tarefa.

Nessa esteira de pensamento, o primeiro passo a ser tomado é realizar a distinção entre regras e princípios, sendo que essa distinção é "a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2008, p. 85).

Em primeiro lugar, regras e princípios encontram-se alocados dentro do conceito de norma; assim, a distinção aqui proposta está entre as duas espécies normativas.

Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, os valores por eles albergados devem ser implementados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas presentes no caso.

Nesse sentido, um princípio pode ser comparado como uma pilastra de um edifício, quanto maior ela for, melhor a sustentação do edifício. Para garantir a segurança do prédio, quanto maior puder ser a coluna, melhor.

Contudo, a coluna pode ser diminuída em sua circunferência desde que não comprometa a estrutura da edificação. Assim, princípios são utilizados na forma maior que o caso concreto permitir; lado outro, podem chegar ao limite mínimo, que aqui em relação ao direito à saúde será chamado de mínimo existencial = vida.

Em sentido contrário, regras trabalham no sistema tudo ou nada — valem ou não, ressalvado o juízo de exceção. Elas contêm determinações, fazendo com que a distinção entre regras e princípios seja qualitativa.

Princípios e regras podem entrar em conflito. Cada um deles reage de uma forma.

As regras, quando entram em conflito, duelam até a morte; a sobrevivente desse atrito sai vencedora e, portanto, reconhecida como a regra válida. A outra, que perdeu o combate, por mais que tenha toda a estrutura de uma regra perfeita, um processo legislativo sem mácula formal, ter presunção de constitucionalidade e etc., após a desavença torna-se inválida; pode-se dizer que esta falece as duas não podem conviver em harmonia, uma deverá ser extirpada do ordenamento jurídico.

De maneira oposta, comportam-se os princípios. Estes, quando entram em conflito, têm o trato de bons amigos, ocupando o espaço que lhes é permitido em cada situação fática.

Esses, quando entram em conflito, um cede para que o outro seja aplicado, sem, contudo, perder a sua validade no ordenamento jurídico, ou ser extirpado dele. Como amigos, ocupam todo o espaço que é permitido, seja ele grande ou pequeno, mas nunca podem ficar sem nenhum. Por menor que seja a sua área de ocupação, ainda continuam vivos e inteiros, permanecem íntegros no ordenamento jurídico.

Princípios têm pesos diferenciados e são, portanto, sopesados. Nessa linha de raciocínio, princípios são colocados sobre a balança; aquele que tiver maior peso no caso que estiver em análise será utilizado. No entanto,

o outro princípio de menor peso não deixará de valer, podendo, em outro caso, ser o de maior peso.

O que ocorre com o princípio que não será usado numa dada hipótese é que ele se encolhe, seu espaço diminui, mas sendo dada a oportunidade de utilização em grau máximo, seu peso pode se tornar grande e vencer o sopesamento. Um princípio restringe a utilização de outro sem extirpá-lo do ordenamento jurídico.[1]

Princípios, ao demandarem sua utilização no maior grau possível, não fazem de forma definitiva como as regras, mas sim *prima facie*, ou seja, dentro das possibilidades jurídicas existentes.

Sopesar princípios significa que um princípio fica de um lado da balança e o outro do lado oposto; no entanto, eles não se sopesam sozinhos, o fiel da balança é o aplicador do direito.

De acordo com esse entendimento, sopesar utilizando apenas a intuição, o subjetivismo, seria permitir que os aplicadores da norma jurídica tomassem decisões arbitrárias; assim, para fazer o sopesamento, deve-se usar a racionalidade,[2] exposta nas sentenças através da fundamentação pautada em argumentos jurídicos.

Segundo Alexy (2008, p. 165), um sopesamento é racional quando: "O enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional". Por isso, pretende-se utilizar parâmetros racionais para a condução do sopesamento entre os princípios que entram em conflito com o objeto de estudo deste trabalho.

Então, como chegar a esse sopesamento racional? A resposta está na proporcionalidade. O postulado ora mencionado deve ser aplicado levando em consideração a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, segundo as possibilidades e circunstâncias fáticas ou jurídicas envolvidas no processo de aplicação dos princípios.

Alexy (2009, p. 117) disserta que a proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios, enquanto a necessidade e adequação, por outro lado, são averiguadas diante das possibilidades fáticas dos princípios, entendidos como mandamentos de otimização.

---

[1] Uma comparação primária seria equiparar os princípios às massinhas de modelar usadas pelas crianças e artistas plásticos; as massinhas são maleáveis, amoldam-se ao espaço que lhes é dispensado sem jamais perder a essência de massinha!

[2] Para Aristóteles o julgamento deve ser feito por aqueles que chegaram à idade da razão. Será que os jovens juízes já chegaram a essa idade (ARISTÓTELES, 2010)?

A adequação de meios impõe que a medida adotada para a realização do interesse em questão deve ser apropriada à finalidade almejada. Dessa forma, a adequação é um juízo de conformidade, entre a medida a ser tomada e a finalidade perseguida.

Quanto à necessidade, esta determina que seja utilizado o meio menos gravoso no caso concreto, ou seja, o meio que ofereça a menor desvantagem possível.

Nesse contexto, havendo escolhas, estas devem ser tomadas de forma que causem o menor dano possível.

A proporcionalidade em sentido estrito revela-se a própria ponderação; assim, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso.

A proporcionalidade em sentido estrito representa a ideia central da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, pois aponta a necessidade de formulação de um sopesamento entre o meio adotado e a limitação sofrida pelo indivíduo em parcela da sua esfera juridicamente protegida.

Nesse diapasão, Alexy (2009, p. 117) assim prescreve:

> Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei da colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória... Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Dessa forma, a máxima da proporcionalidade deverá ser o norte para as decisões judiciais que envolvam conflitos entre princípios, devendo o aplicador da norma atentar que como resultado de um sopesamento restará uma regra e a aplicação desta é obrigatória.

2.2 Direitos fundamentais sociais

A Constituição (BRASIL, 1988) versa acerca dos direitos sociais em seu título II, especificamente no Capítulo II, artigo 6º:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa constituição.

Tem-se, portanto, um rol de direitos de extensão constitucional; seriam todos esses direitos exigíveis integralmente?

Como visto no tópico anterior, os direitos sociais acima apresentados são normas, e essas são direitos *prima facie e vinculantes* (ALEXY, 2008, p. 501), isso significa que são direitos, mas que podem ter a sua eficácia afastada após um sopesamento que não lhes dê a vitória.

Nessa esteira de raciocínio, direitos *prima facie* correspondem a deveres *prima facie*, o Estado tem a obrigação prestacional, posto que são deveres vinculantes, mas que só será definitiva após uma ponderação dos princípios conflitantes.

O resultado do sopesamento deverá ser sustentado, como visto, por uma fundamentação racional, razões que sejam aceitáveis juridicamente.

Para chegar a um sopesamento real e fundamentado racionalmente, é preciso utilizar o postulado da proporcionalidade, que se apresenta subdividido em: adequação — necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o aplicador do direito, antes de apresentar qual o princípio que melhor se aplica ao caso concreto, deverá analisar qual é o mais adequado ao caso, a necessidade de utilização do mesmo e ainda qual a proporção de utilização é a mais pertinente para o caso.

Repisa-se, princípios são mandados de otimização; assim, somente a proporcionalidade em sentido estrito mostrará o quanto do princípio deverá ser utilizado, uma vez que, do outro lado da balança, encontra-se outro princípio que não poderá ser extirpado do ordenamento jurídico.

Dessa forma, após o sopesamento, tem-se como resultado uma regra, posto que somente um deles será utilizado naquele momento.

2.3 O mínimo existencial

2.3.1 Limites dos limites

Entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988), o direito à saúde, especificamente, também é tratado pelo artigo 196 do mesmo estatuto. Assim, o direito a saúde é um direito fundamental social, resguardado pela Constituição.

Segundo Torres (2009, p. 13) o mínimo de direitos abrange todos os bens jurídicos protegidos, mesmo que não sejam fundamentais; tal proteção está fundamentada na ética e nas condições para o exercício das liberdades.

No entanto, nem todo direito mínimo pode ser entendido como mínimo existencial; para tanto, é necessário que o direito em questão esteja protegendo uma situação de existência digna, ou seja, o mínimo existencial está diretamente ligado aos direitos fundamentais.

Portanto, este mínimo existencial consiste no limite dos limites das restrições aos direitos fundamentais, visto que, sem essa proteção, a possibilidade de existência do ser humano torna-se inviável ou inexistente.

A partir do momento que é possível identificar a existência de uma proteção ao mínimo existencial de um direito, surge para o Estado, através da Administração Pública, o dever de agir para garantir esse patamar mínimo. Neste sentido, assim prescreve Bobbio (1992, p. 24): "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los."

A teoria do mínimo existencial está diretamente ligada à ideia de justiça, com raízes na filosofia do direito, que trabalham a ideia de "condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas" (TORRES, 2009, p. 35).

A teoria acima apresentada não pode ser vista como um princípio jurídico, mas como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Assim, como o álcool no vinho, se retirado o primeiro ingrediente tem-se apenas suco de uva. De igual forma, se o suco for retirado o vinho deixa de existir.

Tal metáfora tem por objetivo demonstrar que o mínimo existencial possui como tarefa primordial preservar a essência dos direitos fundamentais do homem, que podem ser restringidos, mas, jamais aniquilados.

Proteger o mínimo existencial é preservar a dignidade da pessoa humana, princípio e direito que não pode faltar a nenhum ser humano. Nessa linha de pensamento, "o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento" (TORRES, 2009, p. 84). Portanto, o mínimo existencial apresenta um nível de vinculação correspondente ao das regras.

No mesmo sentido, segue a prescrição de Alexy (2008, p. 517):

> De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos.

Alexy (2008) trabalha a questão do sopesamento entre princípios; no entanto, pontua que o sopesamento pode acontecer até o limite do mínimo. Quando se chega ao mínimo não há mais o que sopesar; o direito tornou-se regra, e regras não são sopesadas, valem ou não.

2.3.2 Reserva do possível

Direitos exigem gastos públicos. Estes são baseados em orçamentos, que servem de previsão e controle dos gastos da Administração Pública, que não pode gastar mais do que foi orçado.

Assim, a possibilidade de gasto fica restrita ao orçamento, de forma que, mesmo o orçamento comportando uma parcela de seus recursos para demandas judiciais, tais recursos são finitos.

Dessa maneira, quando uma decisão judicial obriga a Administração Pública a fazer gastos que não estavam previstos, possivelmente ela irá retirar recursos que já estavam comprometidos com a coletividade.

Como visto no tópico anterior, somente o mínimo existencial poderia ser demandado judicialmente. Neste sentido, a reserva do possível somente se aplicaria aos direitos sociais até o limite do mínimo existencial.

Dessa forma, quando o problema gerado pela saúde do paciente aproxima-se do limite da vida, este é o ponto do mínimo existencial, não podendo este ser sopesado — torna-se regra, que tem o poder de excluir outra regra que estiver em conflito com ela.

Quando se avalia o mínimo existencial do princípio que veicula o direito social da saúde, encontra-se de um lado a vida de um ser humano. Por outro lado, encontra-se a Administração Pública, a qual representa uma coletividade de pessoas.

Assim, a resposta dada pela Administração Pública deverá ser considerada; se esta responder que é possível conceder o medicamento ou tratamento pleiteado, este deve ser concedido de pronto. Lado oposto, a indicação negativa deve ser avaliada como um possível dano à coletividade.

A conduta da Administração Pública, dessa forma, deve ser a mais bem fundamentada possível, sempre que sua resposta ao pedido feito ao cidadão seja uma negativa, posto que deve conter *justo motivo objetivamente aferível*, não podendo a Administração defender-se apenas com a alegação da reserva do possível. Deve explicar objetivamente porque não é possível.

A resposta bem fundamentada não deve ser desconsiderada pelo aplicador do direito, uma vez que a ausência de observação poderá beneficiar apenas um cidadão em detrimento de vários outros.

A partir dessa reposta bem fundamentada, o aplicador do direito está de frente a dois princípios, e somente após a aplicação da máxima da proporcionalidade é que se chegará à solução do conflito.

2.4 Teoria dos custos dos direitos

A teoria dos custos do direito foi desenvolvida pelos americanos Holmes e Sustein (1999, p. 15), os quais dissertam que:

> Para a verdade evidente que os direitos dependem do governo deve ser acrescentado um corolário lógico, com ricas implicações: direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos efetivamente sem financiamento e apoio público. Esta é a verdade dos direitos antigos como dos novos direitos… Tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada têm custos públicos nada menos do que o direito aos cuidados de saúde, o direito à liberdade de expressão nada menos do que o direito à habitação digna. Todos os direitos clamam pelos cofres públicos.[3] (tradução própria)

Segundo essa teoria, todos os direitos são positivos, uma vez que, em última análise, exigem uma contraprestação do Estado. Portanto, todos os direitos dependem do aparato estatal. Com isso, todos são cercados de custos.

Ter consciência dos custos dos direitos "permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos" (GALDINO, 2005, p. 205).

Segundo Sustein/Holmes (1999, p. 94), "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez dos recursos públicos". Por esse caminho, ao decidir acerca dos direitos, o aplicador da norma não deve esquecer que tal decisão acarretará em gastos. Ademais, a verba para esses gastos muitas vezes inexiste, ou é deslocada de áreas também essenciais para satisfazer o que foi demandado.

[3] No original: To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected on enforced without public funding and support. This is as true of old rights as of new rights... Both the right to welfare and the right to private property have public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.

A teoria dos custos do direito traz à realidade os operadores do direito que até então viviam apenas no mundo do dever ser.

Durante toda a formação acadêmica, o aluno do curso de direito aprende o dever ser, o mundo ideal. Nada de negativo aconteceria se, ao sair da faculdade, o aluno, agora operador do direito, tivesse a consciência de que o dever ser muitas vezes não é, e também pode não ter a possibilidade de ser, por consequência de todos os direitos terem custos e estes serem altos.

Assim, o que se encontra é uma escassez, ou seja, não existem recursos suficientes para satisfazer as vontades de todos. Amaral (2001, p. 133) alude à escassez de forma brilhante e indica as várias espécies de escassez existentes, a saber, a natural, a quase natural e a artificial. Torna-se indispensável, aqui, a sua citação:

> Dizer que um bem é escasso significa que não há suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas não por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infâncias são exemplos.

Nessa linha de pensamento, o núcleo essencial do direito à saúde, no Brasil, pode ser entendido como sujeito a uma escassez artificial de dinheiro público, pois um orçamento que realmente contemplasse a saúde com *status* de prioridade resolveria em grande parte o problema em questão.

Além da escassez de dinheiro público existem outras que não são superadas com recursos financeiros, como é o caso de órgãos para transplante. Outros tipos de escassez existem, como bem preleciona o citado autor, a natural, a quase natural e a artificial, em todas elas a ponderação à luz da proporcionalidade é uma solução justa a ser aplicada.

Retornando ao ponto da escassez de dinheiro público, por certo, o coro daqueles que fazem o orçamento será em direção à falta de verba, alegações como recursos escassos não faltariam. A escassez de recursos seria o bordão para o orçamento ser tão apertado na área de saúde.

Além da escassez de dinheiro público existem outras que não são superadas com dinheiro, como é o caso de órgãos para transplante, e, ainda assim, a melhor solução é a ponderação.

Ainda acerca da questão da escassez de dinheiro público, cabe uma reflexão: se os recursos são poucos, não só para a saúde, mas para as demais áreas de atuação do Estado, por qual motivo ainda não foi criada a lei que regulamentaria o imposto sobre grandes fortunas previsto no artigo 153, VII, da Constituição (BRASIL, 1988)?

Vinte e dois anos se passaram sem a criação de um imposto que certamente serviria para aumentar a renda do Estado, e assim este poderia redistribuir essa renda conforme as necessidades. Os recursos não seriam tão escassos.

Ademais, através de uma interpretação teleológica poderia se chegar ao fato que esse não é um poder do Estado, ele não só pode como deve, trata-se de um poder dever. Afinal, esta é a prescrição da Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000).

> Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

No entanto, não há sanção prevista para União, ente competente para instituir o imposto sobre grandes fortunas. Assim, sem sanção, não existem meios de coerção. Fica, entretanto, para um outro estudo as possibilidades de obrigar a União a instituir esse imposto que seria muito bem-vindo aos cofres públicos.

Outro grave problema enfrentado pelos operadores do direito é que não é possível a um só profissional entender de todas as áreas de conhecimento ao mesmo tempo.

Assim, a decisão tomada acerca da saúde por um profissional do direito, pode, por insuficiência de conhecimento, não refletir a realidade da área médica, podendo resultar em uma solução ineficaz, onerosa e trágica.

Deve, então, o aplicador da norma reconhecer que o direito não é superior às outras áreas acadêmicas, e que não capacita o jurista nas mais diversas áreas de ensino existente: saúde, administração, ciências, contábeis, etc.

Nesse diapasão, nada mais coerente que profissionais das áreas pertinentes deem parecer para o caso que estiver em análise, reconhecendo, assim, os operadores de direitos, a incapacidade de ter todo o conhecimento possível.

No entanto, nem sempre existe tempo hábil para pareceres técnicos; inúmeras vezes, as demandas se iniciam em finais de semana, impedindo que a Administração Pública e profissionais de áreas correlatas apresentem seus pareceres técnicos, ficando o operador do direito sozinho para a difícil decisão.

Uma vez sozinho, cabe a esse aplicador fazer uso do instrumental do sopesamento, que para sua melhor aplicação exige o postulado normativo da proporcionalidade, explicado no item anterior.

3 Conclusão

Frente aos tópicos apresentados acima, nos quais pôde ser visto que existe um reserva do possível, e em oposição a ela um mínimo existencial que deve ser preservado, deve-se, neste momento, apresentar as possibilidades de restrição ao direito à saúde.

Por certo, seria muito bom que o Estado pudesse garantir a saúde integral a todos, mas essa é uma utopia no modelo de seguridade social implantando no Brasil.

Por outro lado, nas palavras de Galeano (1994), para que serve a utopia? Serve para não parar de caminhar, assim essa utopia de um modelo de saúde integral é necessária para que a caminhada rumo à justiça social não pare.

No entanto, prover de maneira integral a saúde para alguns não seria respeitoso com o princípio da isonomia. Dessa forma, garantir o mínimo existencial a todos que precisam é forma mais isonômica de conduzir a questão da saúde.

Conclui-se que o mínimo existencial inerente ao direito à saúde seria a proteção da vida, interligada diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, sem a vida, não há mais direitos a serem pleiteados em relação à saúde.

Assim, toda vez que o núcleo existencial do direito à saúde, a vida, estiver sofrendo ameaça, o Judiciário poderá ser acionado e deverá garantir a sua eficácia após a ponderação dos princípios que estiverem em questão.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2010.

Abstract: The present article works on the question of the of the health on judiciary, using as main theoretical landmark the theory of the basic rights (ALEXY, 2009), presenting the health right as a social right that in its minimum is a basic right, understands for this minimum of the life, and, therefore, its essential nucleus must be preserved. The balance of principles, using the principle of the proportionality, subdivided in: adequacy, necessity and proportionality in strict direction, are presented as a way for the solution of conflicts of the right to health front of the public administration.

Key words: Health. Life. Public Administration. Alexy. Balance.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. O interesse público na observância do contraditório em ações judiciais para fornecimento de medicamentos ou procedimentos de saúde. *In*: SEMINÁRIO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 2. Belo Horizonte: TJMG, 2008. DVD.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BRASIL. Lei Complementar número 101 de 2001. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília: 04 maio 2000.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Controle Jurisdicional dos Atos Políticos e Administrativos na Saúde Pública*. *In*: SEMINÁRIO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 2. Belo Horizonte: TJMG, 2008. DVD.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos:* direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALEANO, Eduardo. *As palavras andantes*. Porto Alegre: L&PM, 1994.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Costs of Rights*: Why liberty depends on taxes. New York: Ed. Orton, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos.* Disponível em: <http://www.mundocultural.com.br/biblioteca/georgeorwell-revolucao.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2009.

SEM, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PARADELA, Valesca Athayde de Souza. Judicialização da saúde. *Revista da-Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 153-166, jan./dez. 2011.