

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA
HELETÍCIA LEÃO DE OLIVEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E ORÇAMENTO

CURITIBA
2015

HELETÍCIA LEÃO DE OLIVEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E ORÇAMENTO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Mestre, Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Octavio Campos Fischer.
Co-Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier.

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

HELETÍCIA LEÃO DE OLIVEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E ORÇAMENTO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, pelo programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Octavio Campos Fischer - Centro Universitário Autônomo do Brasil -
Unibrasil

Co-Orientadora

Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier - Centro Universitário Autônomo do
Brasil – Unibrasil

Membros:

Profa. Dra. Ana Lúcia Pretto Pereira - Centro Universitário Autônomo do Brasil –
Unibrasil

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem - Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 31 de Março de 2015.

Dedico este trabalho ao meu pai Jesuan que, com amor e carinho, sempre me apoiou.

AGRADECIMENTOS

Este estudo só se tornou possível em virtude do auxílio de uma série de pessoas que, cada qual à sua maneira, me auxiliaram na realização do presente trabalho.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Jesuan e Sheila Leão de Oliveira pelo incentivo dado em todos os momentos.

Aos meus queridos orientadores Octavio Campos Fischer e Adriana da Costa Ricardo Schier pela colaboração com que contei para aplicar meus estudos. Por terem me ajudado a direcionar o presente trabalho nas inúmeras modificações até o texto final sempre contribuindo com incomparável conhecimento e experiência. Mas agradeço, sobretudo, pelo apoio e paciência nos momentos difíceis enfrentados ao longo do trabalho. Ao Professor Octavio, por ter me acolhido de braços abertos já no decorrer da pesquisa, que veio a ser ainda mais enriquecida, com os ensinamentos da Professora Adriana. Sinto-me privilegiada por ter sido sua orientanda.

Aos professores do curso de Mestrado, com quem tive a honra de conviver neste período, pela contribuição científica para com a elaboração das idéias que tornaram este trabalho possível: Ana Lúcia Pretto Pereira, Eduardo Biacchi Gomes, Eneida Desiree Salgado, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Paulo Ricardo Schier e Rosalice Fidalgo. Ao Professor Marcos Augusto Maliska dedico um agradecimento especial, não apenas por ter sido sua aluna e poder estar perto de um grande jurista, mas muito especialmente pelo incentivo que me dispensou.

Àqueles com quem convivi durante os dois anos do curso de Mestrado, pois todos, por certo, auxiliaram-me a trilhar este caminho. Principalmente, aos colegas Aline Ferreira Montenegro, Andréa Arruda Vaz, Ariadne Nascimento da Silveira Bonato, Bruna Isabelle Simioni Silva, Camila Sailer Rafanhim de Borba, Cintia Mayara Eufrásio, Clayton Gomes de Medeiros, Daniel de Oliveira Godoy Junior, Dicesar Beches Vieira Júnior, Hanslilian Correia Cruz Rodrigues, Igor Fernando Ruthes, Juliane Andréa de Mendes Hey Melo, Priscila Andreati Ferreira, Sabrina Kompatscher, Samuel Camargo Falavinha, Sandra Mara de Oliveira Dias e Scheila Barbosa dos Santos. E também às funcionárias da secretaria, Rafaela Matos e Giselle Pereira, que sempre estiveram dispostas a me ajudar em diversas eventualidades.

Ao Centro Universitário Autônomo do Brasil que com seu excelente programa de Mestrado em Direito, auxiliou na realização deste trabalho e me inspirou na busca de novos horizontes na vida acadêmica.

Aos colegas do 1º Juizado Previdenciário da Justiça Federal do Paraná, inclusive ao Juiz Federal Marcos Francisco Canali, Salmo de Oliveira e Leandro Rutano pelo auxílio na escolha do tema, o desenvolvimento das idéias e sobretudo com a problematização do estudo.

À minha família, que apesar da distância, representou um abrigo seguro e impulsionador dos meus esforços. Em especial, agradeço aos meus tios Gaudêncio de Oliveira (meu padrinho de coração) e Márcia de Oliveira Costa por estarem sempre me acompanhando e torcendo por mim. E às minhas primas Aline e Amanda de Oliveira Costa pela ajuda com que contei na correção do texto.

Às minhas amigas, por todo o incentivo e apoio.



“Dignidade e direitos fundamentais sem democracia são palavras vazias, democracia sem a proteção e garantia dos direitos fundamentais é cega.”

Ingo Wolfgang Sarlet e Thadeu Weber

SUMÁRIO

RESUMO.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUÇÃO.....	12
1 LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO À SAÚDE NO CENÁRIO NORMATIVO.....	16
1.1 O DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES NO SISTEMA NORMATIVO.....	16
1.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	23
1.3 DIREITO À SAÚDE E A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	42
1.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS POLÍTICAS DE SAÚDE DO ESTADO.....	51
2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	70
2.1 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	70
2.2 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	81
2.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ATUAÇÃO DO CNJ NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	91
3 ORÇAMENTO, RESERVA DO POSSÍVEL E OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	101
3.1 CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	101
3.2 JUSTICIABILIDADE DAS ALOCAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS.....	114
3.3 OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	124
3.3.1 Ponderação, Argumentação e Racionalidade Jurídica.....	125
3.3.2 Requisito Consequencialista.....	139

3.3.3 Decisões Judiciais, Orçamento Público e Reserva do Possível.....	145
CONCLUSÃO.....	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167

RESUMO

O presente estudo tem como objeto analisar o direito fundamental à saúde refletindo sobre o fenômeno do ativismo judicial e a questão orçamentária na implementação desse direito. O direito à saúde deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a redução do risco de doenças. A Constituição Federal de 1988 impôs expressamente o dever do Poder Público formular políticas públicas (art. 196). Como exemplo de sua operacionalização cita-se o Sistema Único de Saúde. Apesar de seus avanços, o sistema público de saúde enfrenta desafios devido a existência de determinadas carências que levam a ineficiências na sua execução. Tal perspectiva visa demonstrar que embora haja previsão normativa e a Administração Pública realize políticas públicas de saúde, o referido direito não é concretizado conforme os seus ideais. Observa-se que há casos de inércia e omissão da Administração Pública. Por isso, os tribunais passaram a ter uma atitude mais ativa visando a promoção do direito à saúde. Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas sendo o referido Poder questionado e criticado por estar intervindo nessa esfera (separação dos poderes, déficit democrático, desigualdade no acesso à justiça). Entende-se que o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e a estabilidade da democracia. Também será abordada a questão do crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde que trouxeram a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica por parte do Poder Judiciário (através do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça), com o objetivo de oferecer parâmetros e diretrizes à essa atuação. Ademais, o trabalho analisa a relação entre orçamento, reserva do possível (financeiramente) e decisões judiciais. Por isso, reflete-se sobre os custos dos direitos, a escassez de recursos e a aplicação da teoria da reserva do possível. Defendeu-se que esta última constitui-se como limite fático à intervenção judicial na promoção do direito à saúde. Esse limite implica na análise do comportamento do Judiciário nas demandas que desafiem seu posicionamento acerca da alocação de recursos públicos. O ponto central está em saber se a proteção ao direito à saúde assegura ao Judiciário legitimidade para alterar alocações orçamentárias. Ao final, o estudo discorre sobre as tendências atuais da intervenção judicial no direito fundamental à saúde. Destaca-se a discussão acerca dos impactos e das consequências da crescente intervenção judicial nos domínios econômicos do Brasil, inclusive por meio de sentenças aditivas. Assim, para minimizar a judicialização, a doutrina sugere a criação de câmaras técnicas e varas especializadas bem como a capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Por fim, conclui-se que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível, em relação ao direito à saúde, podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Ativismo Judicial. Teoria da Reserva do Possível. Orçamento Público. Decisões Judiciais.

ABSTRACT

This essay analyzes the fundamental right to health reflecting on the phenomenon of judicial review and budgetary issues in the implementation of this right. The right to health must be exercised through social and economic policies that aim to promote activities and services for the promotion, protection and recovery of health and reducing the risk of disease. The Federal Constitution of 1988 expressly imposed the duty of the government to formulate public policies (art. 196). As an example of its operation the study mention the Health System. Despite their advances, the public health system faces challenges due to the existence of certain deficiencies that lead to inefficiencies in their implementation. This perspective aims to demonstrate that although there are legislative provisions and the Executive Power conduct public health policies, the right to health is not materialized according to their ideals. It is observed that there are cases of government inertia and omission. Consequently, the courts began to take a more active attitude that aimed at promoting the right to health. Stands out in the field of judicialization of politics, the increase of judicial responsibility to decide on public policies. And the Judiciary is questioned and criticized for being intervened in this sphere (separation of powers, democratic deficit, unequal access to justice). The essay argues that the judicial activism is essential for the effective protection of social rights and the stability of democracy. It also address the issue of growing importance and the judicial review in health that brought the need to establish a more coordinated and strategic action by the judiciary (through the Supreme Court and the National Council of Justice), with the purpose of providing parameters and guidelines for this procedure. In addition, it analyzes the relationship between budget, the clause of “reservation of possibility” (financially) and judicial decisions. Therefore, is reflected on the costs of rights, resource scarcity and the application of the “reservation” clause. It argues that the “reservation” is established as a factual limit to the judicial intervention in promoting the right to health. This limit implies the Judiciary behavior analysis and demands that challenge its position in respect of allocation of public resources. The point is whether the protection of the right to health ensures the Judiciary legitimacy to change budget allocations. Finally, the study discusses the current trends of judicial intervention in the fundamental right to health. It emphasizes the discussion about the impacts and consequences of increasing judicial intervention in the economic areas of Brazil, including through additive sentences. Thus, to minimize the legalization, the legal the doctrine suggest the creation of technical chambers and specialized courts as well as the technical training of judges on budgetary matters. It concludes that the budgetary difficulties and the boundaries of the “reservation of possibility”, in relation to the right to health, can be solved by a moderate and committed judicial activism to guard the Constitution.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. Judicial Activism. “Reservation of Possibility”. Budget. Judicial Decisions.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas sociais do Brasil é a precariedade da saúde pública. Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado omitir-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. Portanto, é obrigação das autoridades públicas assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, conforme previsto na Lei Maior.

Com efeito, a saúde é compreendida como um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal, e seu objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, mediante políticas públicas.

Em um primeiro momento, o trabalho tratará dos limites e possibilidades do direito à saúde no cenário normativo. O capítulo 1 apresentará a positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, inclusive nas leis n. 8.080/90 (Lei orgânica da saúde) e 8.142/90.

Em seguida, será analisado o regime jurídico dado a esse direito cuja natureza corresponde a de direito fundamental. Serão discutidos, entre outros, os seguintes temas: definição, caracterização, fundamentalidade, condição de cláusula pétrea, a proibição do retrocesso social e as delimitações conceituais acerca da norma de direito fundamental e do direito fundamental.

Destaca-se que o direito à saúde assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais atuando enquanto direito de defesa (abstenção do Estado e de terceiros de forma indevida na saúde) e direito a prestações (promoção, proteção e recuperação da saúde). Nessa dimensão prestacional, desponta o serviço público como instituto que permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais.

Dessa forma, o direito à saúde demanda a criação de políticas públicas para a sua devida implementação. Elas têm por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde bem e a redução do risco de doenças. E a sua execução compete, primariamente, à Administração Pública, que tem que usar o seu efetivo material e humano, para satisfazer o comando.

Para a implementação do referido direito é necessário verificar a questão orçamentária, isto é, em que medida há disponibilidade de recursos públicos para

custeá-lo. Assim, o trabalho discutirá a vinculação de recursos e o estabelecimento de limites constitucionais mínimos para a aplicação em saúde (Art. 198, §3º da Constituição Federal e Emenda Constitucional n. 29/2000).

Além disso, será analisada a principal política sanitária do Estado brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS). Esse estudo examinará - através de dados colhidos do Ministério da Saúde, Tribunal de Contas da União, DATASUS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Fundação João Pinheiro/Centro de Estatística e Informação e IBOPE - qual é a situação atual da saúde pública.

Embora o sistema público de saúde apresente inúmeros avanços, ainda existem grandes desafios a serem enfrentados para tornar os seus princípios e diretrizes uma realidade plena para toda a população brasileira.

Assim, o principal objetivo desse capítulo é demonstrar que embora haja previsão normativa e a Administração Pública realize políticas públicas de saúde, o direito à saúde não é concretizado conforme os seus ideais. Diante dos casos de inércia e omissão da Administração Pública, os tribunais passaram a ter uma postura mais ativa visando a promoção do direito fundamental à saúde.

Com efeito, o Poder Judiciário tem atuado, através de suas decisões, a fim de implementar as previsões constitucionais, relativas à saúde, que julga inadequadamente tratadas pelo Poder Executivo. Daí surge a discussão a respeito do fenômeno chamado de ativismo judicial. O capítulo 2 passará a debater a atuação do Poder Judiciário na realização do direito à saúde.

Para tanto será desenvolvida uma análise histórica do *judicial review* norte-americano que consiste na maior representação de ativismo judicial. Também será abordado os conceitos de ativismo judicial e da judicialização da política, apresentando suas diferenças. E, ainda, serão tratadas as perspectivas do ativismo judicial no Brasil e as suas principais críticas.

Muitas demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública. Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da

responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o referido Poder questionado e criticado por estar intervindo nessa esfera.

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de atuação dos tribunais pode considerar-se juridicamente legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser governado pelos juízes. Dessa forma, indaga-se se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais.

Nesse contexto, ressalta-se a ausência do estabelecimento de critérios e de orientações aos magistrados, de como devem decidir as questões relativas à concretização do direito à saúde. Por isso, são feitas considerações sobre o posicionamento do Poder Judiciário acerca dessa questão, através do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Posto isso, uma solução encontrada para o não atendimento do direito à saúde, devido à omissão do Poder Executivo em realizar políticas públicas de saúde eficientes, foi a atuação do Poder Judiciário no sentido de implementar as previsões constitucionais. Contudo, ainda nessa possibilidade há problemas, pois essa atitude proativa dos juízes (ativista) gera uma forte tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas que são compelidos a garantir o direito à saúde, geralmente, de forma diversa da estabelecida pela política do governo e, muitas vezes, além das possibilidades orçamentárias. Diante disso, pode-se vislumbrar que o ativismo judicial, principalmente na área de saúde, encontra uma limitação de ordem financeira.

Assim, o capítulo 3 analisa algumas aproximações entre o orçamento, a teoria da reserva do possível e as novas tendências do ativismo judicial, em matéria de saúde.

Reflete-se sobre as limitações à realização de políticas públicas abordando os custos dos direitos, a escassez de recursos e a reserva do possível. Neste ponto, destaca-se a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo acerca desse tema. Alguns julgadores desprezam a questão dos custos dos direitos determinando uma aplicação quase absoluta da norma constitucional e colocando, em um segundo plano, as consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público.

Ademais, discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo. Assim sendo, ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de uma omissão, o Poder Judiciário depare-se com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar. Indaga-se se o Poder Judiciário pode impor tarefas aos demais Poderes, inclusive as que tenham repercussão econômica.

Ao final, o intuito é discorrer sobre os novos rumos da intervenção judicial no direito fundamental à saúde, no Estado brasileiro. Trata-se de analisar a relação entre decisões judiciais e orçamento público.

Primeiramente, examina-se a alegação de subjetividade atribuída aos juízes, devido à técnica de decisão jurídica da ponderação. Por isso, será analisada a teoria da argumentação jurídica e a busca por racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras. No caso do direito à saúde, discute-se se o Juiz deve ou não decidir, moralmente, se concede um determinado medicamento ou qualquer outra prestação do serviço público correspondente.

Em seguida, será analisado o requisito consequencialista das decisões judiciais. Apesar de sabido que toda decisão têm consequências não importa quão simples sejam, sempre há reflexos para além do caso submetido à decisão, em se tratando questões jurídico-orçamentárias, nota-se a tentativa de afastar-se do elemento consequencialista de qualquer análise. Por isso, discute-se a necessidade de comprometimento dos juízes nessa atuação, o seja, uma racionalização da atuação judicial sanitária, que considera a posição do Estado, seus recursos e políticas.

Por fim, tratam-se dos impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil.

Diante do exposto, mister se faz a reflexão sobre o referido objeto no meio acadêmico.

1 LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO À SAÚDE NO CENÁRIO NORMATIVO

O direito à saúde, de cunho marcadamente social e fruto de intensas lutas históricas, deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde bem como para a redução do risco de doenças e outros agravos. Com efeito, a Constituição Federal impôs expressamente o dever do Poder Público formular políticas públicas (art. 196).

Esse capítulo apresentará a positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, inclusive nas leis n. 8.080/90 (Lei orgânica da saúde) e 8.142/90. Em seguida, será analisado o regime jurídico dado a esse direito cuja natureza corresponde a de direito fundamental. E ele também discutirá a vinculação de recursos e o estabelecimento de limites constitucionais mínimos para a aplicação em saúde.

Com efeito, como exemplo de operacionalização de políticas públicas, cita-se o Sistema Único de Saúde (SUS) que representa muitos avanços na área da proteção e promoção do direito à saúde. Contudo, o sistema público de saúde enfrenta desafios devido a existência de determinadas carências que levam a ineficiências na sua execução. Tal perspectiva visa demonstrar que embora haja previsão normativa e a Administração Pública realize políticas públicas de saúde, o referido direito não é concretizado conforme os seus ideais. Observa-se que há casos de inércia e omissão da Administração Pública. Por isso, os tribunais passaram a ter uma atitude mais ativa visando a promoção do direito à saúde.

1.1 O DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES NO SISTEMA NORMATIVO

Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo da sua Constituição de 1946, a saúde é entendida como “[...] *a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*”¹

¹ “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, editada pela Organização das Nações Unidas, reconhece, indiretamente, a saúde como um direito, ou seja, como decorrência do direito a um nível de vida adequado, assegurado ao indivíduo e sua família.²

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é a primeira Carta a consagrar o direito fundamental à saúde, pois as Constituições anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre essa questão.³

Seguiu-se o exemplo da pioneira Carta italiana de 1948 (art. 32) e do Texto português de 1976 (art. 64) que foram acompanhados pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (art. 93 a 100) sendo o estado de higidez do indivíduo considerado como ponto de destaque nas Constituições hodiernas. Essa situação revela a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando-a à

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Constitution. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2014.

² “Art. 25: (1) *Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.*” “Art. 25: (1) Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” - Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 2 out. 2014.

³ a) A Constituição de 1934 foi a primeira lei fundamental brasileira a fazer referência ao direito à saúde como sendo de competência concorrente da União e dos Estados, o cuidado com a saúde. “Art. 10: Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas”; b) A Constituição de 1937 (“a Polaca”), outorgada por Getúlio Vargas, tolheu qualquer efetividade aos direitos fundamentais. Apesar de não garantir o direito à saúde, trouxe a seguinte previsão: “Art. 16: Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”; c) A Constituição de 1946 também não explicitou diretamente o direito à saúde, mas previu no art. 5º, inciso XV, alínea b, a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, privilegiou o regime das liberdades individuais e fundou o princípio da Justiça, do trabalho digno e da educação baseada na ideia de solidariedade humana; d) A Constituição de 1967 trazia um capítulo que tratava de direito e garantias fundamentais, mas esses ficaram apenas na esfera formal, sem qualquer efetividade. Novamente, não foi previsto o direito à saúde, sendo repetida a norma da Constituição anterior sobre a competência da União, para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, acrescentando-se, todavia, a competência da União para legislar sobre um plano nacional de saúde; e) Em 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 1 que, cuidando de preservar o regime totalitário, novamente não trouxe a previsão do direito à saúde. Embora repetindo a tímida iniciativa sobre a competência legislativa da Constituição anterior, traz uma inovação no art. 25, §4º determinando que os municípios apliquem seis por cento do repasse da União a título de fundo de participação dos municípios na Saúde. A esse respeito, consulte: RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras. *Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Itajaí, v. 15, n. 3, set./dez. 2010, p. 449-451.

seguridade social, e, assim, os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Constituição.⁴

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado tem a responsabilidade de promover o acesso universal da saúde, sendo um direito destinado a brasileiros e estrangeiros (art. 5º, CF),⁵ que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito.

O direito à saúde é previsto no art. 6º da Constituição Federal⁶ como um direito fundamental social. Seu conteúdo e forma de apresentação estão disciplinados no título VIII (da ordem social), capítulo II, da seguridade social, que “assume o caráter de distribuição de rendas, sob as mais diversas modalidades, atuando como instrumento destinado a englobar os deveres de agir do Estado, para garantir os direitos sociais básicos do cidadão.”⁷

De acordo com Ingo Wolfgang SARLET é no art. 196⁸ que “o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional.”⁹

Gilmar Ferreira MENDES adverte que compreender o referido dispositivo constitucional somente como norma programática (incapaz de produzir efeitos e

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1340.

⁵ “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

⁶ “Art. 6º: 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” A esse respeito veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28487/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgador em: 26 fev. 2013. Publicado no DJE em: 15 mar. 2013. “[...] A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade.”

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 1328.

⁸ “Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 577.

indicando apenas diretrizes a serem observadas pelo Poder Público) significaria negar a força normativa da Constituição.¹⁰

Logo, também se estaria diante de norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado estabelecendo aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara, tais como: a promoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e o estabelecimento do acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera.¹¹

Ademais, dizer que a saúde é dever do Estado não é eximir a responsabilidade dos entes federativos, ou seja, cumpre aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios primar pela consecução de políticas governamentais úteis à manutenção da saúde do indivíduo. Trata-se de competência comum dos entes federativos (art. 23, II, Constituição Federal).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal pela responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro, no caso de fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes. Assim:

[...] o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.¹²

Outro importante dispositivo constitucional relativo à saúde é o art. 197¹³ que estabelece a relevância pública das ações e serviços de saúde e determina a competência integral do Poder Público que poderá dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Tanto terceiros como pessoas físicas ou

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 577.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 716777/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 09 abr. 2013. Publicado no DJ em: 16 maio 2013.

¹³ “Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

jurídicas de direitos privado sujeitam-se ao seu domínio, nos termos da lei ordinária.¹⁴

Merece destaque o art. 198¹⁵ que cria e fixa diretrizes ao Sistema Único de Saúde (SUS): descentralização, integração, hierarquização, integridade do atendimento, participação da comunidade.

Ao criar o Sistema Único de Saúde (SUS), o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços, segundo o critério da subsidiariedade, como instrumento pelo qual o Poder Público melhor concretizará o direito social à saúde. Sua concepção decorreu em parte da evolução do sistema que antes era instituído em nível ordinário, como Sistema Nacional de Saúde (lei n. 6.229/75) e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.¹⁶

Registre-se que o modelo constitucional traçado ao Sistema Único de Saúde conduz ainda a uma presunção de um especial signo de legitimidade às decisões havidas no âmbito do sistema, na medida em que ele opera sob os princípios de descentralização (maior aproximação das instâncias decisórias e usuários) e de participação da comunidade (art. 198 I e III da CF).¹⁷

O art. 199, *caput* e o parágrafo primeiro,¹⁸ oportuniza a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde. Dessa forma, a medicina estatizada divide com o setor privado a missão de realizar o programa enunciado pelo art. 196, ou seja, a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Ainda, são estabelecidas no art. 200,¹⁹ em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 1342.

¹⁵ “Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade”.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 689.

¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64.

¹⁸ “Art. 199: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º: As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

¹⁹ “Art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

Diante do exposto, pode-se afirmar que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise do contexto constitucional e de suas peculiaridades.²⁰

Além do tratamento dado pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, o direito à saúde também é disciplinado no plano infraconstitucional. Destaca-se a Lei n. 8.080/90 (lei orgânica da saúde) que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde.

A referida lei regula as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

O art. 3º desta lei estabelece um programa de ação conjunta e processual:

Art. 3º: Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Ao definir que a saúde é parte de um contexto em que estão incluídos outros aspectos e em caráter complementar, a lei federal autoriza e incentiva todos os agentes públicos e sociais a fiscalizarem a implementação de políticas públicas para garantir que elas atendam a premissa de integração e complementariedade propostas pelo caput do artigo.²¹

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.”

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 685.

²¹ CARLINI. Angélica. *Da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54.

No art. 7º, a Lei n. 8.080/90 traça os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. O inciso IV determina a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

A matéria também esta prevista na Lei n. 8.142/90 que garante a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde²² e trata da transferência de recursos financeiros intergovernamentais.

Essa lei consolidou os espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde regulamentando a criação e funcionamento dos Conselhos de Saúde e Conferencias de Saúde. Assim, há a possibilidade de um protagonismo efetivo dos atores não estatais no processo de formulação, promoção e fiscalização de políticas públicas de forma constante e perene. Isso implica reconhecer esses espaços como uma nova forma de inclusão política da sociedade civil no processo deliberativo e decisório na saúde, que constitui um ambiente favorável à participação e à afirmação da cidadania na vida pública brasileira.²³

Feitas estas considerações sobre a configuração normativa do direito à saúde no plano constitucional e infraconstitucional, parte-se para a explicitação de sua natureza jurídica como direito fundamental.

²² “Art. 1º: O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

- I - a Conferência de Saúde; e
- II - o Conselho de Saúde.

§1º: A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§2º: O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

§3º: O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§4º: A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§5º: As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.”

²³ ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: Perspectivas e Desafios*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 88.

1.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS definem os direitos fundamentais como “direitos públicos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais, que encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”²⁴

Outrossim, George MARMELESTEIN conceitua os direitos fundamentais como: “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”²⁵

Segundo Adriana da Costa Ricardo SCHIER, os direitos fundamentais traduzem os valores que identificam o núcleo dos anseios sociais. E ela afirma que trata-se, na concepção da Constituição dirigente, do conjunto axiológico que deve nortear o projeto de Estado vislumbrado pelo poder constituinte originário.²⁶

Marcos Augusto MALISKA afirma que os direitos fundamentais determinam a base da Constituição, estão em posição de destaque na ordem constitucional e vinculam todo o sistema jurídico.²⁷

O constituinte de 1988 elegeu o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, arts. 5º a 17, da Constituição Federal para acolher estes direitos.

E ele inovou no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais ao estabelecer um capítulo próprio para eles no Título II. Assim, foi estabelecido um amplo catálogo de direitos de cunho social estampados, principalmente, no art. 6º e a eles foi estendido o regime jurídico dos direitos fundamentais.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Definição e Características dos Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, 2009, p. 118-119.

²⁵ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

²⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. 214 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 126-127.

²⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 57.

Os direitos sociais traduzem os ideais de uma sociedade voltada à proteção dos indivíduos e à garantia de suas condições de existência.²⁸

Conforme Adriana da Costa Ricardo SCHIER a garantia dos direitos sociais “reflete para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado não só o dever de abstenção, de maneira a assegurar a autonomia privada na esfera de proteção dos direitos e liberdade individuais (direitos fundamentais clássicos ou de defesa), mas também o dever de proporcionar o acesso a todos a condições de vida digna.”²⁹

Para Clèmerson Merlin CLÈVE, os direitos sociais, entendidos como direitos fundamentais, “não são, pois, meras normas-programa, e, por isso, devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana, e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”.³⁰

Entretanto, há doutrinadores que defendem que os direitos sociais não são compreendidos como direitos fundamentais.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO trata dos direitos fundamentais “verdadeiros” ao jusnaturalismo, considerando-se fundamentais os direitos naturais, por sua vez distintos dos “falsos” direitos fundamentais tidos como tais os que, sem serem oriundos do direito natural, foram contemplados nas Constituições e tratados internacionais.³¹

No mesmo sentido Roger Stiefelmann LEAL defende a desqualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais “[...] desse modo, vêm surgindo novos direitos rotulados de fundamentais que, a exemplo dos direitos econômicos e sociais, constituem anseios populares sem a menor condição de serem normatizados como direito”.³²

Embora Ricardo Lobo TORRES discorde da tese de que todos os direitos sociais sejam fundamentais, não transige em relação ao direito à saúde que, para

²⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 107.

²⁹ Ibidem, p. 106.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, Revista dos Tribunais, p. 29.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais: Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, jan./mar. 1996, p. 4.

³² LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

ele, faz parte de um núcleo que traduz o “mínimo existencial”.³³

Em sentido diverso, Karine da Silva CORDEIRO afirma que o constituinte brasileiro optou expressamente pelo entrenchamento constitucional de um extenso rol de direitos sociais reconhecendo sua jusfundamentalidade com status idêntico ao dos direitos de primeira geração e mesmo regime jurídico com todas as consequências daí advindas: a qualidade de direito subjetivo, a eficácia imediata e a condição de cláusula pétrea.³⁴

Para Adriana da Costa Ricardo SCHIER, a Constituição de 1988 estabeleceu um amplo catálogo de direitos de cunho social e também estendeu a eles o regime jurídico de direitos fundamentais. Ela leciona que no panorama jurídico nacional resta concretizado, através dos direitos fundamentais sociais, o ideal de justiça social.³⁵

Nesse contexto, entende-se que por uma questão de segurança jurídica é melhor considerar todos os direitos que estão no Título II como fundamentais. Essa é uma forma de se impedir que argumentos ideológicos sejam utilizados para a aniquilação de direitos inclusos no rol de direitos fundamentais pelo constituinte originário, por expressa vontade.³⁶

Nesse sentido está Paulo Ricardo SCHIER para quem tudo o que está no Título II da Constituição Federal de 1988 é compreendido como direito fundamental.³⁷

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já tratou da existência do direito fundamental social dos cidadãos à saúde pública.³⁸

Octavio Campos FISCHER defende que todos os direitos previstos na Constituição são fundamentais, pois se assim não fossem não constariam desta que

³³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito do Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁴ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.

³⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 107-108.

³⁶ Idem.

³⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional: Anotações Nucleares*. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 154.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

é a Lei Fundamental de uma comunidade. Ele não admite a existência de direitos constitucionais não fundamentais.³⁹

O referido doutrinador também admite a existência de direitos fundamentais além dos previstos na Constituição Federal devido o disposto no art. 5º, §2º⁴⁰ da Constituição e porque os direitos fundamentais podem ser compreendidos como direitos históricos que emergem gradualmente.⁴¹

George MARMELSTEIN corrobora esse entendimento defendendo a existência de direitos fundamentais fora do Título II, direitos não positivados no texto constitucional, e até mesmo fora da Constituição.⁴²

Segundo Ingo Wolfgang SARLET “todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados ao Brasil, são direitos fundamentais.”⁴³

Paulo Ricardo SCHIER afirma que o regime jurídico dos direitos fundamentais, criado pela Constituição de 1988, não se aplica apenas aos direitos fundamentais do catálogo do Título II, assim definidos pelo critério formal topográfico: “Ao contrário, mais que qualquer aspecto formal, a Lei Fundamental, possibilita a substancialização do conceito de direitos fundamentais, passando a aderir, a um conjunto de valores materiais plasmados em princípios democraticamente positivados pelo constituinte.”⁴⁴

Com efeito, assentou-se no país o entendimento de que há direitos fundamentais fora do art. 5º da Constituição Federal por força da cláusula de

³⁹ FISCHER, Octavio Campos. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário*. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 281.

⁴⁰ “Art. 5: [...]”

§2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴¹ FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 281.

⁴² MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 23.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu Conteúdo, Eficácia, Efetividade no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 223.

⁴⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 264.

abertura (art. 5º, §2º da Constituição). Logo, “[...] os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão.”⁴⁵

Por isso, Karine da Silva CORDEIRO explica que o constituinte originário adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrangendo, também os direitos fundamentais fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos.⁴⁶

Feitas essas considerações, pode-se dizer que o direito à saúde é um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal, e seu objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política.⁴⁷

O conceito do direito à saúde na seara do Direito Constitucional normalmente compreende o emprego de técnicas de conhecimento destinadas a evitar doenças (medicina preventiva), oferta de tratamentos via prestações estatais àqueles que padecem de certas enfermidades (medicina curativa) e, por óbvio, o direito de abstenção do Estado de maneira que este ente político não cause nenhum distúrbio na condição física da população.⁴⁸

Além disso, o preceito contido no artigo 5º, §1º da Constituição Federal⁴⁹ determina o dever de concretização dos direitos fundamentais de forma imediata.⁵⁰

⁴⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos Fundamentais Não-Enumerados: Justificação e Aplicação*. 327 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Florianópolis, 2005, p. 12.

⁴⁶ CORDEIRO, Karine da Silva. Op. cit., p. 47.

⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 118-135.

⁴⁸ SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. *Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde: Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos*. 136 f. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2007, p. 34.

⁴⁹ “Art. 5º: [...]”

§1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁵⁰ José Afonso da SILVA enfrentou o tema da aplicabilidade das normas constitucionais, na década de 1960, influenciando a doutrina e a jurisprudência pátrios. Ele afirma que “há diferentes normas constitucionais, pois elas possuem natureza e finalidades diversas, muito embora estejam no mesmo texto jurídico.” Por isto, o referido autor defende que as normas constitucionais diferem-se, quanto a aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012 - (1. ed. 1968). Contudo, Virgílio Afonso da SILVA critica a classificação de José Afonso da SILVA. Para ele, a categoria normas constitucionais de eficácia contida suscita pelo menos três ordens de questionamentos: terminológico, classificatório e existencial. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 208-223. Para uma análise sobre as críticas de Virgílio Afonso da Silva respeito da classificação de José Afonso da Silva, assim como as respostas deste último, consulte: BARBOZA, Maria Cristina. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. *Revista Saber Jurídico*, 10. ed, Feira de Santana, 2013.

Contudo, a doutrina pátria questiona se esse dispositivo legal é aplicável diretamente à normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A esse respeito, existem aqueles que afirmam que os direitos fundamentais só têm aplicação direta se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo.⁵¹

Outra corrente ⁵² defende que os referidos direitos são dotados de aplicabilidade imediata, ainda que a norma que os prescreve seja de índole programática.

Ingo Wolfgang SARLET advoga a existência de situações em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador (direitos sociais) e a norma descrita no art. 5º, §1º da CF seria “[...] uma norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.”⁵³

Logo, a previsão de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais não é absoluta, uma vez que nem todas as normas são de eficácia plena ou contida, sendo que quando se tratar de comandos que definem direitos que necessitam de regulamentação, a norma passa a ter um conteúdo limitado, necessitando de regulamentação infraconstitucional.⁵⁴

Outra questão referente aos direitos fundamentais, como o direito à saúde, reside na compreensão de seus aspectos material e formal.

Os direitos fundamentais gozam da fundamentalidade material, porque são imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana, e da fundamentalidade formal, enquanto direitos positivados em normas constitucionais, de forma expressa ou implícita.⁵⁵

Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao10/convidados/Eficacia-constitucional-artigo.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 270.

⁵⁴ DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos Gerais das Características dos Direitos Fundamentais. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 23 mar. 2013.

⁵⁵ DIAS, Cibele Fernandes. *Direito Constitucional Didático*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73.

A fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo e resulta da circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos a condição de cláusula pétrea, constituindo limites materiais à reforma constitucional.⁵⁶

Robert ALEXY afirma que a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.

No mesmo sentido, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS explicam que a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal, indicando que um direito é fundamental se for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional.

Em contrapartida, segundo o aspecto material, a fundamentalidade de certos direitos dependeria de seu conteúdo e não da força formal constitucional.⁵⁷

Conforme Ingo Wolfgang SARLET "somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem (ou não) decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana."⁵⁸

Dessa forma, o direito à saúde, é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesmo (a saúde e a vida), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.⁵⁹

Importa dizer que a fundamentalidade atribuída a um direito determina a aplicação de um regime jurídico específico, extremamente protetivo, decorrente da própria Carta Constitucional. Por isso mesmo, entendendo a saúde como direito fundamental, será ele tomado como cláusula pétrea (art. 60, 4º, IV CF)⁶⁰ operando

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 405.

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 118-135.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 75.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ "Art. 60: [...]"

§4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais."

como limite à reforma em nível constitucional.

Paulo Ricardo SCHIER explica que os direitos fundamentais, categoria na qual se insere o direito à saúde, são cláusulas pétreas, ou seja, não se pode ter emenda sequer tendente aboli-las. Ele afirma que elas são tão importantes que são intangíveis até mesmo pelo constituinte derivado: “Se são intangíveis pelo poder reformador, mais ainda o são mediante normatividade infraconstitucional (o que não significa que não possam sofrer restrições).”⁶¹

E ainda existe uma barreira atinente à proteção de determinado nível de concretização do direito à saúde em norma infraconstitucional, enunciada sob a forma do princípio da vedação do retrocesso social ou da não evolução reacionária (efeito *cliquet*).⁶²

Essa vedação tem como intuito que o Estado atue no sentido de sempre melhorar progressivamente as condições de vida da população coibindo medidas estatais que supram garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana.⁶³

Para Adriana Ricardo da Costa SCHIER a proibição do retrocesso é tomada como um princípio que assegura que a densificação dos direitos sociais feita legislação infraconstitucional seja protegida contra a ação do legislador futuro.⁶⁴

O referido princípio está implícito na Lei Maior e decorre do art. 3º da Constituição Federal de 1988 que incluiu entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A proibição do retrocesso social costuma ser vinculada também ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil. E essa proibição também guarda relação com os princípios da segurança jurídica, do Estado a e Social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica

⁶¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional...*, p. 158.

⁶² SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 127.

⁶³ MARMELESTEIN, George. Op. cit., p. 269-270.

⁶⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 197.

enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, inclusive quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais.⁶⁵

Conforme o posicionamento do Ministro Celso de MELLO, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, “[...] dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.”⁶⁶

Assim, o princípio do não retrocesso social constitui-se como mecanismo de barreira às afrontas ao direito à saúde já concretizado, por quaisquer dos poderes do Estado. E com o referido princípio objetiva-se estabelecer barreira à atitude reacionária que esvaziasse o conteúdo e/ou a concretização da saúde, tanto no aspecto normativo quanto pragmático.

Cândice Lisbôa ALVES leciona que a promulgação da Lei 12.401/2011⁶⁷ seria um exemplo da tentativa de esvaziamento das obrigações estatais em relação ao direito à saúde. Ela afirma que o art. 19-T, incisos I e II⁶⁸ dessa lei objetivaram diminuir o âmbito de cobertura da assistência farmacêutica, assim como de tratamentos não registrados em protocolos clínicos e incorporados pelo Sistema Único de Saúde caso nos quais se incluem os tratamentos experimentais.⁶⁹

Destaca-se o exemplo, em relação à vedação de custeio pelo Estado de medicamentos não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que anteriormente eram fornecidos, seja pelo Poder Executivo ou por decisão judicial.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 587-568.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 2 dez. 2014. Divulgado no DJE em: 19 dez. 2014.

⁶⁷ Altera a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

⁶⁸ “Art. 19-T: São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

⁶⁹ ALVES, Cândice Lisbôa. *Direito à Saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social*. 214 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Belo Horizonte, 2013, p. 27.

A proibição legal pela dispensação pelo SUS de medicamentos não registrados pela ANVISA configura-se como diminuição da proteção anteriormente conferida e concretizada aos direitos fundamentais, ou seja, amolda-se perfeitamente à proibição decorrente da norma que estipula o princípio da proibição do retrocesso social.⁷⁰

Diante das restrições ao direito à saúde, veiculadas pela Lei 12.401/2011, a referida doutrinadora afirma que elas configuram-se como retrocesso social.

Outra situação controversa acerca desse tema está no Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 219/07, de autoria do ex-senador Tião VIANA, do Partido dos Trabalhadores do Estado do Acre, que foi protocolado no dia 03 de maio de 2007, mas foi rejeitado no dia 31 de maio de 2010 pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal. O intuito principal desse projeto foi de alterar a Lei n. 8080/90, especificamente a alínea “d” do inciso I do artigo 6º,⁷¹ para dispor sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde.

Na justificativa do projeto, o senador Tião VIANA critica a interpretação jurídica sobre o princípio da integralidade, deixando claro que esse princípio não pode ser entendido como absoluto e, por isso, deve ser restrito a determinadas ações. Foi proposta a alteração do suscitado artigo, para definir o conceito de integralidade de assistência à saúde, reduzindo-o à oferta dos procedimentos e medicamentos constantes na política pública de saúde.

Ao reduzir o princípio constitucional de integralidade de assistência à saúde à oferta pública dos medicamentos, selecionados pelo gestor público, o referido projeto de lei representa um retrocesso. Apesar de serem elaborados com base na medicina baseada em evidências, os protocolos e listas oficiais não contemplam todas as necessidades de saúde da população, bem como podem apresentar falhas e demoras em sua atualização, de acordo com novas tecnologias e recursos disponíveis.⁷²

Sílvia Badim MARQUES entende que tal atitude ameaça de restringir a

⁷⁰ Ibidem, p. 30.

⁷¹ “Art. 6º: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: [...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.”

⁷² MARQUES, Sílvia Badim. O Princípio Constitucional da Integralidade de Assistência à Saúde e o Projeto de Lei 219/07: Interpretação e Aplicabilidade pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, jul./out. 2009, p. 82.

aplicação de um princípio constitucional à política pública estabelecida pode representar um retrocesso em relação à garantia do direito à saúde, conforme foi concebido pela Constituição Federal de 1988.⁷³

No mesmo sentido, Jarbas Ricardo Almeida CUNHA afirma que se trata de uma tentativa de restrição ao direito à saúde, perpetradas no âmbito legislativo, e que o princípio da proibição do retrocesso social pode impedir um ataque ao respectivo direito. Tal princípio tem como função obstaculizar, constitucionalmente, argumentos consentâneos com o PLS supramencionado, pois este defendia a restrição, redução e o retrocesso da integralidade do direito à saúde, atingindo assim, o cerne do direito fundamental social à saúde consolidado na Constituição Federal.⁷⁴

Assim, fica demonstrada a importância do princípio do não retrocesso social como importante garantia na estabilização das conquistas alcançadas pelo direito à saúde que não poderão ser supridas pelo poder de reforma.

Posto isso, indaga-se em que consiste o conceito de norma de direito fundamental. Robert ALEXY explica que uma resposta simples poderia ser “normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto na Constituição alemã, e somente esses enunciados.”⁷⁵

Destarte, ele explica que é aconselhável não limitar de antemão o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental.⁷⁶

Segundo o referido doutrinador, o direito fora do catálogo poderá ser fundamental se for provado, no plano argumentativo, a sua relação com um direito fundamental previsto no rol (direito fundamental por atribuição). Para isto ocorrer deve haver coerência, ou seja, a correta argumentação.⁷⁷

Outrossim, adverte-se que em uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma

⁷³ Ibidem, p. 83.

⁷⁴ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Norte para o Desenvolvimento do Direito à Saúde no Brasil. In: CONFERÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (CODE-IPEA), 2, 2011, Brasília, *Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011, p. 8-9.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

⁷⁶ Ibidem, p. 66-67.

⁷⁷ Ibidem, p. 68-77.

norma indiretamente estabelecida. Assim, da norma de direito fundamental decorrem posições concretas, ou seja, os direitos fundamentais atribuídos.

Com efeito, Ingo Wolfgang SARLET também trata desses direitos que são denominados de direitos fundamentais por equiparação:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁷⁸

Ele cita como exemplo o caso do direito de greve que é previsto como direito fundamental. Os servidores públicos também deveriam ter assegurados os direitos de adentrar na instituição para poder comunicar ou reivindicar a greve e, por isso, estes seriam direitos fundamentais por atribuição. Entende-se que sem negociação não há greve, seria apenas uma manifestação.⁷⁹

Robert ALEXY trata do modelo semântico no qual as normas de direitos fundamentais são compostas unicamente de objetos linguísticos que devem ser identificados de acordo com determinados critérios de validade. Para ele, deve-se excluir do conceito de norma, os elementos empíricos da realidade sobre a qual deve a norma incidir, apesar disso não significar a total desconsideração desses elementos na concretização da norma.⁸⁰

Essa teoria da norma de direito fundamental encontra um contraponto na teoria da norma desenvolvida por Friedrich MULLER.⁸¹ Ele entende que o conceito de norma de direito fundamental deve incluir elementos empíricos e semânticos como co-constituintes dessa norma. Logo, ele vincula a teoria da norma e a teoria da aplicação do direito, dependente dos dados da realidade.⁸²

Essa situação é evidenciada no caso das normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas que são constituídas por aquilo que as disposições de

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 77.

⁷⁹ Ibidem, p. 77-78.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 52-53; FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24-25.

⁸¹ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. NAUMANN, Peter (trad.). São Paulo: Max Limonad, 2000; MULLER, Friedrich. *Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – CEPC, 1989. Consulte também: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 77-78.

direitos fundamentais expressam. O que Robert ALEXY chama de disposição de direito fundamental corresponde ao que Friedrich MULLER denomina de texto. Ainda, este doutrinador chama de programa normativo aquilo que encontra correspondência como norma na teoria alexyiana.⁸³

Ademais, o modelo alexyano consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo, visto que o enunciado expressa uma norma de conteúdo deôntico (obrigação, dever, permissão). Essa situação é percebida pelo fato de que a mesma norma de direito fundamental poderá ser expressa por vários enunciados.⁸⁴

Nesse contexto, o entendimento de Robert ALEXY leva à compreensão de que o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, não compreende apenas um tratamento genérico, mas também a concessão de um medicamento específico (posição jurídica concreta não escrita no enunciado). Por isso, pode-se dizer que a maior parte dos direitos subjetivos não estão expressos na norma de direito fundamental.

Com efeito, é amplo o rol de ações às quais se vincula o Estado, inclusive a Administração Pública, pois nem todas estão normatizadas de forma explícita.⁸⁵

Além disso, os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, pois podem ser considerados como elementos objetivos fundamentais da comunidade e direitos subjetivos individuais.

Marcos Augusto MALISKA adverte que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é compreendida como sendo o outro lado da moeda dos direitos subjetivos. Ele explica que ambos apresentam perspectivas distintas, ou seja, enquanto direitos subjetivos estão vinculados ao indivíduo, o aspecto objetivo é direcionado à comunidade. E “a eficácia dos direitos subjetivos, necessariamente, requer um preceito de direito objeto que a preveja.”⁸⁶

Assim, com a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais passam a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Assim, os direitos fundamentais não atuam

⁸³ Idem.

⁸⁴ Ibidem, p. 52.

⁸⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial*. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2013, p. 37.

⁸⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito...*, p. 100.

propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico.⁸⁷

Por isso afirma-se que na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.⁸⁸

Gilmar Ferreira MENDES explica que os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.⁸⁹

José Carlos Vieira de ANDRADE explica que o conceito de direito subjetivo fundamental representa posições jurídicas subjetivas, individuais (embora, em alguns casos, eles possam ser encabeçados por pessoas coletivas privadas ou organizações sociais), universais (direitos de igualdade, gerais e não privilégios de alguns).⁹⁰

Robert ALEXY afirma que “[...] é recomendável que a expressão direito (subjetivo) seja utilizada, seguindo o seu uso corrente, como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas.” Portanto, segundo este doutrinador, os direitos fundamentais são direitos subjetivos numa forma ampla abarcando a proteção de quaisquer tipos de posições jurídicas.⁹¹

Contudo, quem fala de um direito fundamental normalmente não quer fazer menção a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo. Ele é definido como um feixe de posições de direitos fundamentais. Cada uma dessas diferentes posições pode ser considerada como constituindo um direito fundamental. Por isso, Jorge Reis NOVAIS⁹² afirma que “[...] é possível considerar o direito à vida

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 141.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 2.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 2-4.

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 120.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 192-193.

⁹² Observa-se que Robert ALEXY e Jorge Reis NOVAIS defendem teorias diversas acerca das restrições aos direitos fundamentais (aquilo que leva a uma exclusão da proteção de direito fundamental). Jorge Reis NOVAIS trata da teoria interna, na qual não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, senão um direito individual com determinado conteúdo. A ideia de restrição é substituída pela de limite (restrições imanentes). Este também é o entendimento de Peter HÄBERLE e Friedrich MÜLLER. O primeiro doutrinador leciona que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se contém limites imanentes, insuscetíveis de ponderação. Por isso pode-se dizer que nessa teoria não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais. A essa concepção contrapõe-se a teoria externa que consiste na ideia de que o direito

como um todo ou, diversamente, considerar apenas uma das posições que o integra - por exemplo, a garantia constitucional de proibição da pena de morte - enquanto direito fundamental.”⁹³

Ainda, permanece a questão acerca daquilo que faz com que as posições individuais se unam em um direito fundamental. A resposta está na sua atribuição a uma disposição de direito fundamental. Às posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem. Nesse sentido, a união de um feixe de posições de um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental. Logo, há um jogo argumentativo para dizer o que é esse direito.⁹⁴

Ademais, o direito fundamental completo é algo bastante complexo e ele é composto de elementos de estrutura bem definida (das posições individuais dos cidadãos e do Estado) e entre essas posições há relações claramente definíveis (as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento).

Robert ALEXY entende que os direitos fundamentais constituem um sistema de posições. Assim, a base de sua teoria analítica sobre direitos subjetivos consiste na tríplice divisão das posições que devem ser designadas como direitos em: direitos a algo, liberdades e competências.⁹⁵

individual e a restrição podem ser identificados como duas situações distintas, existindo, a princípio, um direito não limitado que, com a imposição de restrições, converte-se em um direito limitado. Robert ALEXY corrobora essa teoria na qual pressupõem-se que aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições *prima facie*. A teoria externa, também defendida por Gilmar Ferreira MENDES e Virgílio Afonso da SILVA, pressupõe a restrição como elemento externo ao direito, isto é, os limites são colocados de fora e definidos a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. A aplicação das teorias interna e externa depende da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas (teoria interna) ou *prima facie* (teoria externa). Segundo Ana Carolina Lopes OLSEN “a partir do momento que se concebe os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, a teoria externa parece ser a que melhor se coaduna com a efetiva possibilidade de restrição a estes direitos.” OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 127-128. A esse respeito consulte: NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 157; HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley*. CAMAZANO, Joaquín Brage (trad.). Madrid: Dykinson, 2003, p. 62; MULLER, Friedrich. *Tesis...*, p. 120-125; ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos...*, p. 277-280; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 25-27; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos...*, p. 39-40 e 158-161.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições...*, p. 55.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos...*, p. 249-253.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 193.

No caso do art. 196 da Constituição Federal que prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”: o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este não lhe impeça a concessão de saúde; e o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua saúde. O primeiro direito apresentado tem como objeto uma ação negativa ou abstenção do destinatário (direito de defesa); o outro, uma ação positiva ou um fazer (direito a prestações).

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público. Caso o Estado viole esse princípio, o indivíduo dispõe de uma pretensão que pode consistir em uma abstenção, revogação, anulação, consideração (dever de levar em conta a situação do eventual afetado fazendo as devidas ponderações) e proteção (o dever do Estado de contra terceiros).⁹⁶

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito (não-embaraço da escolha de uma profissão); o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito (à não afetação da esfera privada física); o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito (à não eliminação de determinadas posições do proprietário).⁹⁷

Os direitos a prestações positivas consistem numa obrigação estatal de criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos fundamentais e da possibilidade do titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.⁹⁸

Ademais, os direitos que os indivíduos têm, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática (quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial) e aquele cujo objeto é uma ação normativa (direitos a atos estatais de criação de normas).⁹⁹

O direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial, prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (em missão de normas penais).¹⁰⁰

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 3.

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 196 e 303.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 6.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 201-202.

¹⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 179.

Gilmar Ferreira MENDES afirma que os direitos a prestações são amplamente recepcionados no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.¹⁰¹

Como já explicitado o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas. Desse tipo de posições globais concretas é necessário distinguir posições globais abstratas cujo paradigma é a teoria dos status de Georg JELLINEK. Ela tem grande relevância como fundamento da classificação dos direitos fundamentais. O referido doutrinador descreve de formas diversas o que é um status, ou seja, uma espécie de estado no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado. O status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Existem quatro status: o status passivo ou *subiectionis* (espaço de obrigações), o status negativo ou *libertatis* (espaço de liberdade), o status positivo ou *civitatis* (status cívico) e o status ativo (cidadania ativa).¹⁰²

Ademais, o status tem como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico da pessoa. Dessa forma, no caso do direito à saúde, embora não seja possível que todos tenham certa prestação material (concessão de dado medicamento), devido a existência de determinados fatores (reserva do possível e escassez de recursos), continuará existindo um direito fundamental constitucionalmente garantido (direito à saúde), pois existe um status (status positivo, direitos a prestações materiais e normativas). E, assim, surge a possibilidade do cidadão exigir do Estado judicialmente esse direito ou a criação de políticas públicas para a sua implementação.

Além disso, há que se levar em conta o fato de que, dentro do ordenamento jurídico no qual são inseridos, os direitos fundamentais possuem uma atuação funcional de natureza múltipla, ou seja, assumem diversas funções tanto voltadas para o próprio Estado que os consagra como sujeitos quanto para os quais são consagrados.¹⁰³

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 8.

¹⁰² JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. LOS RIOS, Fernando de (trad.). Buenos Aires: B de F, 2005, p. 523-529.

¹⁰³ ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Hermenêutica Contemporânea dos Direitos Fundamentais. *Revista Direito e Liberdade - ESMARN*, Natal, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012, p. 105.

Com efeito, o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando na formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que não mais restringem a clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos.¹⁰⁴

Ingo Wolfgang SARLET afirma que uma classificação dos direitos fundamentais, baseada nas funções exercidas por eles, poderia partir da distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações. O segundo grupo se dividiria em direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).¹⁰⁵

Diante do exposto, afirma-se que o direito fundamental à saúde assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais que, atuando enquanto direito de defesa, impõe que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo. Por exemplo, não se admite que o Estado obrigue um cidadão, portador do vírus HIV, a realizar um tratamento medicamentoso tradicional. Este indivíduo goza de autonomia para definir qual orientação médica utilizará para tratar sua doença. Ainda, o direito à saúde assegura que nenhum médico decida arbitrariamente, qual procedimento cirúrgico será adotado em um paciente que tenha pleno domínio de suas faculdades mentais. Ainda, um cidadão adepto da religião Testemunhas de Jeová pode se recusar a receber transfusão de sangue, desde que haja manifestação expressa de sua vontade.¹⁰⁶

Isto sem prejuízo de sua simultânea função prestacional, pois incumbe ao Estado a criação de um aparato de proteção (normas penais que vedam lesões corporais, charlatanismo ou morte), a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação em Conselhos e Conferências de Saúde) e, ainda, do dever estatal de

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 156.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 162-167.

¹⁰⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. cit.*, p. 35-36.

fornecimento de medicamentos e prestações no campo da assistência médico-hospitalar.¹⁰⁷

Nessa dimensão prestacional, desponta o serviço público¹⁰⁸ como instituto que, por excelência, permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais, inclusive do direito à saúde.¹⁰⁹

Dessa forma, o direito social à saúde demanda a criação de políticas públicas para a sua devida implementação.

Clèmerson Merlin CLÈVE leciona que “cabe ao Estado, precipuamente ao Poder Executivo, desenvolver políticas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados a tal finalidade, garantindo, entre outros, a saúde.”¹¹⁰

Mister destacar o entendimento de Adriana da Costa Ricardo SCHIER para quem o serviço público, ainda que não possa ser reconhecido em si como um direito social, constitui-se como uma garantia fundamental, dirigida à otimização dos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição Federal.¹¹¹

Logo, a Constituição não só reconhece o direito à saúde como um direito fundamental de natureza social prestacional, mas também impõe a prestação do serviço público como um mecanismo para a sua devida garantia.¹¹²

Diante do exposto, pode-se concluir que à saúde é um direito fundamental social, sob o aspecto formal e material, com as consequências daí advindas, ou seja, a qualidade de direito subjetivo e a condição de cláusula pétrea.

E esse direito não compreende apenas um tratamento genérico, mas também a concessão de prestações na área da saúde pública tais como o

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 84.

¹⁰⁸ “Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

¹⁰⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 113.

¹¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia...*, p. 30-31.

¹¹¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 113.

¹¹² No recorte metodológico da presente pesquisa não será tratado do instituto do serviço público de saúde para tanto consulte as obras: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit.; FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional (A&C)*, Belo Horizonte, n. 11, jan./mar. 2003, p. 141-165; GENOSO, Gianfrancesco. *Princípio da Continuidade do Serviço Público*. 148 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2011; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

fornecimento de um medicamento específico, a concessão de um equipamento como uma prótese ortopédica e a construção de um hospital em determinada localidade (posição jurídica concreta não escrita no enunciado). E também a prestação de serviço público através de políticas públicas (tal como o Sistema Único de Saúde) para a sua devida implementação. Por isso, pode-se dizer que a maior parte dos direitos subjetivos não estão expressos na norma de direito fundamental sendo imenso o rol de ações às quais se vincula o Estado e, especialmente, a Administração Pública.

Ainda, o direito à saúde assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais atuando enquanto direito de defesa (abstenção do Estado e de terceiros de forma indevida na saúde) e a prestações (promoção, proteção e recuperação da saúde).

Dessa forma, fica caracterizada a natureza jurídica do referido direito e parte-se para a análise da forma como ele é exercido, ou seja, por meio de políticas públicas.

1.3 DIREITO À SAÚDE E A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O direito à saúde deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde bem como para a redução do risco de doenças e outros agravos.

Nesta perspectiva, as ações preventivas constituem-se como intervenções orientadas a evitar o surgimento de doenças específicas, reduzindo a sua incidência e prevalência nas populações. Já a promoção da saúde é, tradicionalmente, mais ampla que a prevenção, pois servem para aumentar a saúde e o bem-estar gerais.¹¹³

Com relação ao referido direito, percebe-se que a Constituição Federal impôs expressamente o dever do Poder Público formular políticas públicas (art. 196).

Logo, para que o Estado possa influenciar a atuação da sociedade civil é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que ela ocorra de forma

¹¹³ CZERESNIA, Dina. *O Conceito de Saúde e a Diferença entre Prevenção e Promoção*. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (orgs.). *Promoção da Saúde: Conceitos, Reflexões e Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 49.

satisfatória e o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as políticas públicas.¹¹⁴

Uma política pública é uma diretriz elaborada para o tratamento ou solução de um problema público, ou seja, entendido como coletivamente relevante.¹¹⁵

Outrossim, ela é considerada como “um processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito”.¹¹⁶

Fábio Konder COMPARATO esclarece que o primeiro autor a tratar do conceito técnico de política na campo jurídico foi Ronald DWORKIN ao fazer uma contraposição entre política e princípio.¹¹⁷

Para o autor norte-americano, o argumento de política estabelece um objetivo coletivo, ao passo que o argumento de princípio gera um direito individual:

As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. [...] Em cada caso, os princípios distributivos estão subordinados a uma certa concepção do bem coletivo agregado, de modo que uma oferta menor de algum benefício a um homem possa ser justificada simplesmente mostrando que isso levará a um maior benefício geral.¹¹⁸

Bem assevera Maria Paula Dallari BUCCI que o estudo das políticas públicas sob a perspectiva jurídica é aceitar um grau de interpenetração entre as esferas jurídica e política. Ela afirma que é “assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”.¹¹⁹

Com efeito, Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI lecionam que o conceito de política pública (*policy*) diz respeito “a metas coletivas,

¹¹⁴ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. 246 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 179.

¹¹⁵ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 2.

¹¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85.

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998, p. 44.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. BOEIRA, Nelson (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 142-143.

¹¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-242.

objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poderes Públicos, comum num Estado que se pretende social.”¹²⁰

Para Leonel Pires OHLWEILER, a principal característica do modo de ser das políticas públicas não está na sua materialização em planos de Governo (que são tão somente veículos) senão em construir espaços públicos de sentido constitucional. Nesse sentido, “fazer política pública é erigir espaços comunitários constitucionalmente democráticos, formal e substancialmente democráticos.”¹²¹

Nesse sentido, Saulo Lindorfer PIVETTA leciona que as políticas públicas são “instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados.”¹²²

Conforme Eduardo APPIO as políticas públicas podem ser conceituadas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.”¹²³

Além disso, Ana Paula de BARCELLOS explica que “as políticas públicas representam um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento em diversas áreas.”¹²⁴

Em consonância com Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais: “São direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para

¹²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 1, v. 8, jan./jun. 2012, p. 72.

¹²¹ OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e Controle Jurisdicional: Uma Análise Hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 297.

¹²² PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. cit.*, p. 94.

¹²³ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 136.

¹²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102.

sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado.”¹²⁵

Vanice Regina Lírio do VALLE destaca que “caminhar no sentido da construção de políticas públicas conhecidas e democraticamente construídas, é trilhar a rota não só do desiderato constitucional, mas da emancipação da cidadania, reconciliando a Administração com seu propósito original, que é, através de seu compromisso com os direitos fundamentais, servir a essa mesma coletividade.”¹²⁶

Portanto, as políticas públicas são compreendidas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais. Sem a implementação de políticas públicas, o Estado Social não existe porque a sua razão de ser está voltada para a concretude dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Ainda, há quem afirme que as políticas públicas articulam a atividade administrativa para que os objetivos constitucionais sejam alcançados de maneira ótima.¹²⁷

Não há tratamento uniforme na legislação pátria acerca da nomenclatura utilizada para o termo “políticas públicas”. Assim, são usados de forma indistinta, conceitos como plano (Plano Nacional de Educação, Lei n. 13.005/2014), programa (Programa Minha Casa, Minha Vida disposto na Lei n. 11.977/2009 e Programa Mais Médicos, Lei n. 12.871/2013) ou política (Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecida pela Lei n. 12.305/2010).¹²⁸

É mister destacar que as políticas públicas podem ser classificadas segundo a sua natureza como sociais (assistência social, educação e saúde) ou econômicas. E ambas se complementam para “impulsionar a melhoria das condições gerais, o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”¹²⁹.

O presente trabalho concentra-se nas políticas públicas sociais, nas políticas destinadas às áreas de saúde. Eloisa de Mattos HOFLING vincula as políticas sociais à proteção social do Estado:

¹²⁵ BARBOZA, Estefânia Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização...*, p. 72.

¹²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 167.

¹²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25. Veja também: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹²⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 99.

¹²⁹ APPIO, Eduardo. Op. cit., 2006.

[...] políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais.¹³⁰

Posto isso, a efetivação do processo de escolha de políticas públicas tem seu fundamento na lei. O legislador será o artífice da fixação das políticas públicas necessárias à comunidade e definirá os critérios de preferência na escolha dos serviços e atividades mais urgentes para a população.¹³¹

Mas, não basta que as ações públicas atendam aos comandos exarados na lei, é necessário também que esses comandos estejam ligados e subordinados ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito.¹³²

Além disso, o processo de elaboração de políticas públicas é conhecido como um ciclo que pode ser restringido em sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção. Esse ciclo raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública, porque as fases se apresentam misturadas e/ou as sequencias se alternam, mas ele possui uma utilidade heurística que ajuda a simplificar a complexidade de uma política pública.¹³³

É mister destacar que a definição de prioridades inclui, expressivamente, o aspecto financeiro porque sem um aporte qualificado de recursos, é impossível executarem-se serviços públicos.¹³⁴

Maria Paula Dallari BUCCI destaca que a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹³⁵

¹³⁰ HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. *Cadernos CEDES*, v. 21, n. 55, nov. 2001, p. 31.

¹³¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 91.

¹³² Ibidem, p. 112.

¹³³ SECCHI, Leonardo. Op. cit., p. 43-44.

¹³⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 91.

¹³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Wilson Donizeti LIBERATI leciona que “a omissão estatal em garantir o exercício dos direitos fundamentais conduz o Estado à sua própria negação deixando de existir como ente político diante da omissão no seu dever fundamental de satisfazer integralmente as necessidades dos cidadãos.”¹³⁶

Por isso, a execução as políticas públicas compete, primariamente, à Administração Pública, que tem que usar o seu efetivo material e humano, para satisfazer o comando. Contudo, a omissão do Poder Público, geralmente, é justificada pela falta de recursos financeiros.¹³⁷

Para a implementação do direito fundamental à saúde por intermédio de políticas públicas é necessário verificar a questão orçamentária, isto é, em que medida há disponibilidade de recursos públicos para custear esse direito social.

A Constituição Federal de 1988, no art. 198, §3º determinou que por meio de Lei Complementar seriam definidos os percentuais que a União, os Estados e os Municípios aplicariam na área da saúde, explicitando critérios de reavaliação, normas de fiscalização e controle.

Em 2000, foi criada a Emenda Constitucional n. 29 que estabeleceu uma nova forma de financiar o setor saúde por meio da previsão de regras para a progressiva provisão de recursos às ações e serviços públicos de saúde.

Essa emenda assegurou o financiamento das ações e serviços de saúde estabelecendo que as três esferas de governo aportem anualmente recursos mínimos provenientes da aplicação de percentuais das receitas e determinando as suas bases de cálculo. Portanto, vinculou recursos ao setor saúde.¹³⁸

No caso da União, os recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde, no período de 2001 até 2004, correspondem ao valor efetivamente empenhado pela União em ações e serviços públicos de saúde no ano imediatamente anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) do ano em que se elabora a proposta orçamentária.¹³⁹

Para os Estados e o Distrito Federal, os recursos mínimos equivaleriam a 12% da arrecadação de impostos e das transferências constitucionais, deduzidas as parcelas transferidas aos Municípios; no caso destes, os recursos mínimos

¹³⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 97-98.

¹³⁷ Ibidem, p. 107.

¹³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *O Financiamento da Saúde*. v. 12, Brasília: CONASS, 2011, p. 49.

¹³⁹ Ibidem, p. 53.

corresponderiam a 15% da arrecadação de impostos e dos recursos de transferências constitucionais.¹⁴⁰

A Emenda Constitucional da Saúde foi criada com o objetivo de evitar a repetição dos problemas que comprometeram o financiamento do Sistema Único de Saúde nos anos 90: não havia um parâmetro legal que obrigasse os Estados, Distrito Federal e Municípios a destinarem recursos próprios para a área de saúde; a economia e as políticas públicas das fontes de financiamento no âmbito da União para financiar o SUS eram instáveis e sempre se adotavam medidas emergenciais e provisórias para fazer frente à falta de recursos para o setor.¹⁴¹

As definições legais dadas pela referida emenda constituem importante mecanismo de garantia dos recursos para a saúde. Assim, o cumprimento das exigências deve ser monitorado e avaliado para garantir tais recursos.¹⁴²

Com efeito, ela constitui um marco que permite a luta política entre os setores que decidem os orçamentos e os diferentes atores sociais que lutam por mais recursos na saúde.¹⁴³

Magali Geovana Ramlow CAMPELLI e Maria Cristina M. CALVO realizaram um estudo para verificar o cumprimento da Emenda Constitucional n. 29/2000, no período de 2000 a 2003, analisando seu cumprimento pelos entes Federativos.

Elas observaram que o atingimento das metas pelos Estado foi de 59% (2000), 33% (2001), 41% (2002) e 52% (2003). Essa análise permitiu constatar que a maioria dos Estados brasileiros ainda não cumpria os percentuais mínimos previstos pela Emenda Constitucional da Saúde no período analisado. Assim, os Estados deixaram de aplicar R\$ 5,29 bilhões no período e a União deixou de aplicar R\$ 1,8 bilhão, o que representa um montante de R\$ 7,09 bilhões que o setor saúde deixou de receber nos quatro anos analisados.

De acordo com o manual básico de Gestão Financeira do Sistema Única de Saúde, elaborado pelo Ministério da Saúde e Fundo Nacional de Saúde:

¹⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *A Lei n. 141/2012 e os Fundos de Saúde*. Brasília: CONASS, 2013, p. 15.

¹⁴¹ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O Cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29 no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, jul. 2007, p. 1613-1614. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2014.

¹⁴² Ibidem, p. 1615.

¹⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação Estruturante do SUS*. v. 13. Brasília: CONASS, 2011, p. 23.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que não cumprirem os limites mínimos estabelecidos pela Constituição Federal estarão sujeitos às mesmas sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que vão, desde a retenção das transferências do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), até a intervenção da União no Estado, no Distrito Federal e nos Municípios e/ou da União ou dos Estados nos Municípios, bem como a cassação de mandatos.¹⁴⁴

Constatou-se que essas penalidades não foram aplicadas aos entes que não cumpriram a suscitada emenda.¹⁴⁵

Destaque-se que a Emenda Constitucional n. 29/2000 assegurou apenas os recursos mínimos, cabendo aos gestores públicos aperfeiçoarem as leis orçamentárias. Há de se ter vontade política para efetivamente priorizar a saúde, pois a necessidade de mais recursos financeiros para o setor saúde no Brasil já está comprovada atualmente.¹⁴⁶

E após 12 anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 29, esta foi finalmente regulamentada. Em 2012, foi instituída a Lei Complementar 141 que regulamenta o §3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Contrariamente às expectativas geradas pelo projeto originado no Senado, que previa a destinação de 10% da receita corrente bruta como contribuição da União, o texto aprovado continuou vinculando esta contribuição à variação do PIB.

Os Estados mantêm-se obrigados a investir 12% da arrecadação com impostos e os Municípios, 15%. O percentual para o Distrito Federal varia de 12% a 15%, conforme a fonte da receita, se é um tributo estadual ou distrital.

Ademais, a não-regulamentação da Emenda Constitucional de Saúde foi tida como mecanismo utilizado para limitar os recursos públicos na saúde. A falta de uma definição precisa sobre o que são ações e serviços de saúde levou à introdução nos orçamentos públicos de uma série de ações e serviços questionáveis.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundo Nacional de Saúde. *Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde*: Manual Básico. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 16.

¹⁴⁵ CAMPPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. Op. cit., p. 1621.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação...*, p. 23.

Neste contexto, observa-se que a discussão acerca da possibilidade do saneamento básico integrar ou não integrar os investimentos na saúde¹⁴⁸ foi sanada com a edição da referida lei complementar, que prevê em seu art. 4º, a vedação legal para despesas em saúde. Ele estabelece explicitamente que os gastos em saneamento não podem ser contabilizados para o percentual mínimo de aplicação de recursos em saúde.¹⁴⁹

O principal motivo dessa exclusão é a opção política de se restringir os gastos àquelas atividades que imediatamente se relacionam à saúde do cidadão, excluindo-se aquelas com repercussão indireta. Assim, evita-se que haja desvirtuamento de rubricas orçamentárias, de modo a se garantir que os recursos efetivamente serão investidos em ações com impacto direto na saúde.¹⁵⁰

¹⁴⁸ A esse respeito destaca-se o caso de Aécio NEVES acusado de improbidade administrativa e considerado inocente, por um suposto desvio de 4,3 bilhões investidos em saneamento básico. E também do ex-presidente Itamar FRANCO que sofreu o mesmo tipo de processo por seu governo, em Minas Gerais. Ambos estariam enquadrados na legislação porque teriam deixado de seguir conduta obrigatória, não investindo em saúde os percentuais do orçamento estadual previstos em lei, mesmo que não tenha havido prejuízo ao Tesouro. Enquanto a Emenda Constitucional n. 29/2000 não foi regulamentada, ficou cabendo aos Tribunais de Contas dos Estados a decisão sobre o que podia ou não ser classificado como investimento em saúde. No caso mineiro – como nos dos demais Estados em idêntica situação -, o Tribunal de Contas considerou regular a conduta do governo. Em Minas Gerais, o Tribunal recomendou que se diminuíssem os valores investidos pela estatal de saneamento. SETTI, Ricardo. Tribunal de Justiça de Minas por Unanimidade Anula Processo contra Aécio que vinha sendo Utilizado para Acusá-lo de Desvio de Dinheiro Público. *Revista Veja*. 07 out. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/tribunal-de-justica-de-minas-por-unanimidade-anula-processo-contra-aecio-quevinha-sendo-utilizado-para-acusa-lo-de-desvio-de-dinheiro-publico/>>. Acesso em 20 abr. 2014. Consulte também: TALENTO, Aguirre; ODILLA, Fernanda. Ministério Público de Minas Desiste de Ação de Improbidade contra Aécio. *Folha de São Paulo*. 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1409948-ministerio-publico-de-minas-desiste-de-acao-de-improbidade-contra-aecio.shtml>>. Acesso em 20 nov. 2014.

¹⁴⁹ “Art. 4º: Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
- III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
- IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3o;
- V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII - ações de assistência social;
- IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e

X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.”

¹⁵⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 159.

Para calcular se o valor investido está de acordo com o que prevê a lei, valem apenas aplicações em "ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito". Caso as ações estejam previstas em planos estaduais e municipais para a área, também é possível contabilizar o valor.¹⁵¹

Por fim, afirma-se que faltam recursos ao SUS, apesar da arrecadação federal bater recordes sucessivos de crescimento, porque a União não tem nenhum dever de correlação de gasto mínimo na saúde em face do comportamento da sua receita. E essa não vinculação do gasto da União com sua receita explica a regressividade do gasto federal em saúde.¹⁵²

Posto isso, esses seriam os principais apontamentos a respeito das políticas públicas destinadas à saúde bem como sobre a vinculação de recursos e o estabelecimento de limites constitucionais mínimos para a aplicação em saúde. Mister se faz, analisar também a principal política sanitária do Estado brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS).

1.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS POLÍTICAS DE SAÚDE DO ESTADO

No início do século XX, vigia na saúde pública brasileira o modelo campanhista que privilegiava o combate às epidemias, como forma de se evitar que o contágio de doenças se alastrasse de maneira incontrolável sobre a população. Não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de qualidade de vida ou de proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁵³

¹⁵¹ "Art. 2º: Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuidos no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação;

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde."

¹⁵² PINTO, Élide G.; FLEURY, Sonia. Custeio do Direito à Saúde: Em Busca da Mesma Proteção Constitucional Conquistada pelo Direito à Educação. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 3, v. 12, mar./jun. 2012, p. 76.

¹⁵³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 113.

As ações do Estado não tinham um aspecto promocional da saúde, restringindo sua atuação a uma esfera de proteção geral (adoção de medidas voltadas a evitar a disseminação de doenças). Ademais, a própria Constituição da República de 1891 não destinava qualquer tratamento ao direito à saúde.¹⁵⁴

Ainda, nesse período o Poder Público não promovia ações curativas (ligadas ao aspecto promocional da saúde), estas eram prestadas por entidades particulares e por hospitais de caridade. Apenas na década de 1930 que o Estado passa a desenvolver estruturas públicas voltadas a esse tipo de atividade.¹⁵⁵

No governo de Getúlio Vargas houve a distinção das ações públicas de saúde em duas vias de acesso: a) A assistência médica individual previdenciária era fornecida aos inseridos formalmente no mercado de trabalho pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC); b) A criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública atenderia os desempregados e os trabalhadores informais; c) os habitantes das zonas rurais recebiam assistência dispersa de algumas instituições de caridade ou de serviços oficiais.¹⁵⁶

Com essas medidas o trabalhador formal é recompensado pelos serviços de saúde de maior qualidade, pois contribui para a expansão do mercado. Assim, delineou-se a distinção institucional entre assistência médica e saúde pública que marcaria as ações de saúde do Brasil durante décadas.¹⁵⁷

No Sistema Nacional de Saúde do período da ditadura militar, instaurado em 1964, o predomínio financeiro das instituições previdenciárias e a hegemonia de uma burocracia técnica agiam em favor da mercantilização da saúde.¹⁵⁸ Assim, a saúde podia ser vista como um bem de consumo. O direito a serviços públicos de saúde continuava restrito aos trabalhadores formais que contribuíram com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) deixando de fora os trabalhadores rurais e os urbanos informais.¹⁵⁹ Logo, grande parcela da população, portanto, permanecia à

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 113-114.

¹⁵⁶ LUNA, Lara. *"Fazer Viver e Deixar Morrer": A Má-fé da Saúde Pública no Brasil*. In: SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: Quem é e Como Vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011, p. 308.

¹⁵⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde no Brasil*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 7. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

¹⁵⁸ LUNA, Lara. Op. cit., p. 308.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 308-309.

míngua da rede pública, dependendo de ações de caridade para ter acesso a serviços de saúde.¹⁶⁰

Em 1978, é criado o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social, que ficou responsável pela coordenação e financiamento dos serviços de saúde à população segurada pela Previdência Social.¹⁶¹

Ademais, tal lógica liga-se a uma concepção de saúde privatista e curativista: privatista na medida em que o acesso aos serviços de saúde não era universalizado, sendo restrito aos trabalhadores que possuíam carteira assinada, e, por outro lado, a grande maioria dos serviços era prestada por instituições privadas, que recebiam repasses do Estado; curativista porquanto as medidas preventivas eram desprestigiadas, assim como outros fatores determinantes da saúde (por exemplo, a extrema pobreza e a falta de saneamento básico não eram consideradas pelo Poder Público como problemas ligados à saúde).¹⁶²

Ao mesmo tempo, houve grande expansão e reformas de inúmeras clínicas e hospitais particulares com dinheiro público advindo da Previdência Social. Isso ocorreu porque o Estado delegou ao setor privado parte das atividades de prestação dos serviços que se destinavam aos contribuintes da Previdência.¹⁶³

Além disso, o Estado também favoreceu, com recursos governamentais, as empresas que através de convênios assumissem a responsabilidade pela assistência de seus empregados.¹⁶⁴

Dessa forma, a expansão das atividades privadas começou a se intensificar nas décadas de 60 e 70 devido aos estímulos da política de saúde desenvolvida pelo Estado como principal comprador de seus serviços.¹⁶⁵

A contrapartida disso foi o baixo desenvolvimento da capacidade estatal para produção de serviços hospitalares, por exemplo, o que fez com que o poder público dependesse do setor privado para expansão da assistência.¹⁶⁶

¹⁶⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 114.

¹⁶¹ COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. Descentralização, Financiamento e Regulação: A Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a Década de 1990. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 18, jun. 2002, p. 3. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 2 set. 2013.

¹⁶² PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 115.

¹⁶³ LUNA, Lara. Op. cit., p. 309.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 309-310.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 309.

Esse período foi a expressão clara da delimitação entre duas formas de sistema de saúde, marcada por um caráter fortemente meritocrático:¹⁶⁷ de um lado, a assistência médica individual atrelada à Previdência Social (financiada com recursos das contribuições previdenciária) e, do outro, ações de saúde de caráter coletivo destinadas às classes desfavorecidas economicamente (financiadas com recursos orçamentais estatais sempre escassos).¹⁶⁸

Ademais, os serviços estatais de saúde pública eram caracterizados por um modelo de higienização da sociedade em termos de educação sanitária e necessidade de controle de epidemias que poderiam acarretar prejuízos a economia do país. Logo, esse tipo de serviço se destinava “as doenças da pobreza”, encobrendo apenas um cuidado primário de saúde.¹⁶⁹

O marco histórico mais importante do processo de constituição de uma plataforma e estratégias a favor da democratização da saúde é a Oitava Conferência Nacional de Saúde, em 1986. Nela foram elaborados os princípios da Reforma Sanitária e a aprovação da criação do Sistema Único de Saúde, com a separação total da saúde e da previdência social.¹⁷⁰

O Movimento pela Reforma Sanitária participou ativamente da Assembléia Constituinte, defendendo um discurso médico-social (preocupado com as condições sociais em que se inserem os indivíduos) e pressionando para que fossem inseridos no texto da Constituição os instrumentos necessários para que restasse garantida a participação social no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas sanitárias.¹⁷¹

Como resultado das diversas propostas em relação ao setor de saúde apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição Federal de 1988 aprovou a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), orientado pelos princípios de universalidade, equidade, integralidade da atenção à saúde e organizado de

¹⁶⁷ VIANA, Ana Luiza D'Ávila; MACHADO, Cristiani Vieira. Proteção Social em Saúde: Um Balanço dos 20 Anos do SUS. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, 2008, p. 655. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁶⁸ LUNA, Lara. Op. cit., p. 309.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 117.

¹⁷¹ Sobre os debates travados na Assembléia Constituinte, veja: SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia - Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico: Vinte Anos de Construção do Projeto Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 151-199.

maneira descentralizada, regionalizada, hierarquizada e com participação da população.

O texto constitucional demonstra que a concepção do SUS foi baseada na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, inclusive no que refere à saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania.¹⁷²

Pode-se afirmar que o SUS é compreendido como uma política de Estado sendo fruto da decisão adotada pelo Congresso Nacional, na Constituição Cidadã, de considerar a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Com efeito, o Sistema Único de Saúde é definido como o conjunto de ações e serviços de saúde, tanto promocionais, de prevenção, como de cura e reabilitação, prestados por órgãos e instituições públicas no âmbito dos três governos (federal, estadual e municipal) assim como de Administração Direta e Indireta, e pelas fundações mantidas pelo Poder Público.¹⁷³

Entre os princípios do referido sistema de saúde, destaca-se a universalidade, entendida como o acesso ao conjunto de ações e serviços de saúde a todas as pessoas, sem de qualquer tipo discriminação.

O SUS deve ofertar, a todos os brasileiros, um conjunto de serviços sanitária e socialmente necessários, com base em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e por meio de amplo movimento de discussão que envolva os gestores de saúde na Comissão Intergestores Tripartite e o Conselho Nacional de Saúde.¹⁷⁴

A diretriz de descentralização do Sistema Único de Saúde (art. 198, inciso I da Constituição Federal) realça a valorização da esfera local como unidade privilegiada de gestão das políticas públicas sanitárias.¹⁷⁵

O Sistema Único de Saúde está organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua em todo o território nacional, com direção única em cada esfera de governo.¹⁷⁶

Trata-se de uma estrutura complexa, que envolve a participação de vários órgãos da Administração Pública direta (como o Ministério da Saúde, Secretarias

¹⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011, p. 25.

¹⁷³ LUNA, Lara. Op. cit., p. 310.

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema...*, p. 28.

¹⁷⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 126.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 689.

Estaduais e Municipais), de entes da Administração Indireta (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os hospitais universitários vinculados às universidades públicas), de pessoas de direito privado (como Organizações Sociais e hospitais filantrópicos), bem como dos Conselhos e Conferências de Saúde, que viabilizam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas públicas sanitárias. A estruturação constitucional do Sistema Único de Saúde viabiliza que a atuação de todos esses agentes ocorra de maneira articulada, a partir das mesmas diretrizes e com objetivos concatenados. O SUS permite, com isso, a racionalização da gestão do sistema nacional de saúde.¹⁷⁷

Contudo, o SUS não é uma estrutura que atua isolada na promoção dos direitos básicos de cidadania, pois se insere no contexto das políticas públicas de seguridade social que abrangem a Saúde, Previdência e Assistência Social.¹⁷⁸

Devido o caráter regionalizado do referido sistema, caberá aos entes federados praticar ações e executar serviços, com base nos princípios da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, os quais denotam um direito difuso da comunidade, de um lado, e o direito social do indivíduo, tomado em si mesmo, do outro.¹⁷⁹

Outrossim, a regionalização significa organizar os serviços de saúde em cada região para que a população tenha acesso a todos os tipos de atendimento. Quando recebido pelo sistema de saúde, o cidadão será encaminhado para um serviço de saúde de referência daquela região.¹⁸⁰

Ademais, a rede hierarquizada indica o escalonamento da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos. A hierarquia do sistema é elaborada a partir de uma sucessão de três graus: o atendimento primário, o atendimento secundário e o atendimento terciário.

O atendimento à saúde que deve ser prestado pelo SUS envolve os serviços oferecidos pelos diversos níveis de atenção à saúde: atenção básica, de média e alta complexidade.

¹⁷⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 119.

¹⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema...*, p. 24.

¹⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 1343.

¹⁸⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Entendendo o SUS*. Brasília, Ministério da Saúde, 2006, p.

Esses níveis também podem ser classificados, conforme a respectiva densidade tecnológica, em atenção primária (menor densidade), secundária (densidade intermediária) terciária (maior densidade tecnológica), segundo consta do Anexo à Portaria no 4.279/2010 do Ministério da Saúde.

Conforme esclarece o documento do Ministério da Saúde denominado “O SUS de A a Z”, a atenção básica deve ser o contato preferencial dos usuários do SUS, a principal porta de entrada e o centro de comunicação da rede de atenção à saúde.

O atendimento de média complexidade envolve ações e serviços que visam atender aos principais problemas de saúde e agravos da população cuja prática clínica demande disponibilidade de profissionais especializados e uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico. Já a alta complexidade é o conjunto de procedimentos que envolve alta tecnologia e alto custo, visa proporcionar à população o acesso a serviços qualificados e atua de forma integrada aos demais níveis de atenção à saúde.¹⁸¹

Verifica-se que o sistema ora discutido promove uma modificação profunda na forma de tratamento da saúde pública no Brasil, em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos, assegurou a universalização da rede de atendimento, em todos os níveis de complexidade. Por outro lado, em termos qualitativos, o ordenamento jurídico ampliou significativamente o espectro de abrangência dos serviços e ações que deverão ser prestados pelo sistema público.¹⁸²

Ainda, a atuação popular é importante mecanismo de controle e avaliação da atuação dos gestores públicos, para fiscalizar a adequada utilização dos recursos orçamentários destinados às ações sanitárias e avaliar a execução das políticas públicas, identificando pontos falhos e possíveis medidas de melhoria, para que se tornem mais eficientes.¹⁸³

O Sistema Único de Saúde consolidou-se, ao longo de duas décadas, como a maior política de Estado do País, promotor de inclusão e justiça social. Fruto de

¹⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS de A a Z: Garantindo Saúde nos Municípios*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 32-33, 43-44, 207.

¹⁸² PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 122.

¹⁸³ Ibidem, p. 140.

uma permanente construção coletiva, nele se manifesta o melhor da tradição política brasileira: o diálogo, a composição e a busca do acordo.¹⁸⁴

Portanto, pode-se afirmar que SUS representa, em termos constitucionais, uma afirmação política do compromisso do Estado brasileiro para com seus cidadãos.¹⁸⁵

Hoje, o SUS está passando por um processo de consolidação. Embora com inúmeros avanços ocorridos nos últimos anos, existem ainda grandes desafios a serem enfrentados para tornar os princípios e as diretrizes definidos para o sistema, uma realidade plena para toda a população brasileira.¹⁸⁶

Logo, não houve apenas vitórias: o sistema de saúde, que era para ser integralmente público, acabou sendo também aberto à iniciativa privada, por pressão do chamado “centrão” da Assembléia Constituinte - composto por lideranças de centro (PMDB, PTB, PL), de centro direita (PMDB, PFL, PDS) e de direita (PDS).¹⁸⁷

A Constituição, ao garantir liberdade à iniciativa privada, sem, no entanto, regulá-la, consagrou a segmentação do sistema de atenção à saúde. Isto se confirmou com a legalização da rede privada em 1998 através da formalização da saúde suplementar, como rede de serviços distinta e independente da pública.¹⁸⁸

Atualmente, o sistema de saúde é composto por um sistema público (universalista) complementado pelo setor privado e que convive com um setor de saúde privada suplementar.

Contudo, a complementaridade da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, prevista na Constituição, não se refere à hipótese de incentivo estatal à prestação privada de serviços de saúde, mas de serviços públicos de saúde prestados por particulares (delegação).

E na hipótese dos serviços de saúde serem realizados por particulares fora do sistema público de saúde (suplementar) ocorre a prestação de serviços de natureza privada, que podem ser exercidos com fomento estatal.¹⁸⁹

Destaca-se que o Sistema Único de Saúde tem sido menos bem sucedido, do que o inicialmente esperado, no que diz respeito à expansão da participação do

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema...*, p. 28.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 7.

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para Entender a Gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2003, p. 15.

¹⁸⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ MÂNICA, Fernando Borges. A Complementaridade da Participação Privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília, v. 2, jan./jul. 2012, p. 50.

setor público em relação à despesa total em saúde, 41% em 2007 comparada desfavoravelmente a países com (Reino Unido, 82%) ou sem (México, 47%) um sistema nacional de saúde.¹⁹⁰

Há dependência do SUS sobre a compra de serviços do setor privado, em particular para a atenção secundária e terciária. Por exemplo, apenas um terço de todos os leitos hospitalares usados por pacientes do Sistema Único de Saúde estão em hospitais públicos. Os prestadores privados conveniados aos SUS, por outro lado, estão constantemente argumentando que os atuais níveis de reembolso pelo SUS mal lhes permitem cobrir os custos. A atual crise de financiamento é uma grande ameaça e se constitui como uma prioridade para o futuro.¹⁹¹

Outrossim, o referido sistema possui 6.500 hospitais registrados, sendo que desse número 48% são privados, 64.000 unidades básicas de saúde e 28.000 unidades de saúde da família.¹⁹²

Ao lado da atuação dos particulares conveniados ao SUS, há dados interessantíssimos que remetem a atuação da situação da saúde privada suplementar no Brasil.

Pesquisas revelam que 60% da população utiliza somente a rede pública enquanto a rede privada é utilizada de forma exclusiva por apenas 10% dos entrevistados. E de acordo com a população, há uma grande diferença na qualidade entre as unidades públicas e privadas. Os entrevistados avaliaram 11 itens (material hospitalar e medicamentos, infraestrutura e equipamentos médicos, condições de limpeza e manutenção, roupas, toalhas e roupa de cama, segurança nos hospitais, relação do hospital com os pacientes/parentes, facilidade de acesso ao hospital, alimentação oferecida, tempo médio para a realização de exames, tempo de espera para atendimento/internação, disponibilidade de medicamento) dos hospitais públicos e privados e deram notas de 0 a 10. Considerando apenas os respectivos usuários nos últimos 12 meses, a média geral do hospital público é de 5,7 e a do hospital privado de 8,1.¹⁹³

¹⁹⁰ VICTORA, Cesar G et al. Health Conditions and Health-Policy Innovations in Brazil: The Way Forward. *The Lancet*, v. 377, n. 9782, maio 2011, p. 2047.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Sobre o tema ver: MALISKA, Marcos Augusto. *A Lecture on Brazilian Constitutional Law as Visiting Professor at Academician Y. A. Buketov Karaganda State University – Kazakhstan*. Curitiba – Karaganda: Mimeo, 2012, p. 50-51.

¹⁹³ IBOPE. *Retratos da Sociedade Brasileira*: Saúde Pública. Brasília: CNI, 2012, p. 18-24.

Também cabe considerar quanto as diferenças entre os sistemas público e privado de saúde que, em 2011, para cada 1.000 usuários de planos de saúde, existiam 7,60 postos de trabalho médico ocupados. Por outro lado, para a população dependente do SUS este índice era de 1,95. A análise desses dados demonstra que o sistema de saúde brasileiro apresenta graves desigualdades.¹⁹⁴

Uadi Lammêgo BULOS afirma que o direito à saúde não têm sido efetivado porque o seu acesso é proporcional à situação econômica da pessoa. Logo, os poderes públicos não levam em conta o princípio de que todos devem receber tratamento isonômico, consoante o atual estágio da ciência médica e não pelo poder aquisitivo dos indivíduos.¹⁹⁵

Os serviços de saúde não alcançam os pacientes das classes mais desfavorecidas economicamente. As políticas públicas não consideraram a existência, enquanto classe, daqueles que Jesse SOUZA chama de “ralé”. Assim, essa classe é negligenciada de cuidados de saúde e de uma boa qualidade de vida, tendo a morte como resultado em muitos casos.¹⁹⁶

A saúde no Brasil acaba por segregar entre aqueles “que podem pagar” e que têm condições de utilizar o plano de saúde e aos que “não podem pagar” e são obrigados a utilizar o SUS gozando de serviços públicos deficitários, que não atendem aos parâmetros fixados pela Constituição Federal. Assim, a atenção à saúde universal e igualitária não possui condições objetivas de se concretizar.¹⁹⁷

Entretanto, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, principio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado omitir-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. Portanto, é obrigação das autoridades públicas assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, conforme previsto na Lei Maior.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 032.624/2013-1. Relator: Benjamim Zymler. Julgado em: 26 mar. 2014, p. 38. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=502278> Acesso em: 27 dez. 2014.

¹⁹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 1341.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 312-315.

¹⁹⁷ LUNA, Lara. Op. cit., p. 306-311.

De igual forma compete à sociedade civil organizada cobrar do Estado as melhorias que se fazem necessárias para que o SUS possa melhor realizar seus objetivos.¹⁹⁸

Outro fator importante, refere-se a situação atual da saúde pública que demonstra que há um fosso entre a realidade e a proclamação de intenções na Constituição Federal.

Nesse sentido, José Renato NALINI afirma que entre o sistema único propiciador de saúde integral para todos e a situação verificada nos hospitais, prontos-socorros e centros de atendimento à saúde em todo o Brasil há um distância intransponível.¹⁹⁹

O Sistema Único de Saúde é uma promessa descumprida. Quem já não experimentou o desconforto de um insucesso pessoal ou o desalento decorrente de um familiar ou alguém querido ter colhido maltrato numa emergência? O atendimento insuficiente, falho ou em desconsideração com os preceitos humanitários gera um sentimento de desconfiança em relação ao mundo médico.²⁰⁰

Neste contexto, 61% da população brasileira considera a qualidade do sistema público de saúde do País “péssimo” ou “ruim”. Apenas 10% considera a qualidade “ótima” ou “boa”. E 85% dos entrevistados não perceberam avanços no sistema público de saúde do País nos últimos três anos (sendo que 42% não percebe mudança no sistema público de saúde do País e 43% considera que piorou). Portanto, mais da metade da população brasileira reprova o sistema de

¹⁹⁸ MALISKA, Marcos Augusto; OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *A Dualidade dos Sistemas Público e Privado de Saúde: Reflexões a partir do Direito Fundamental à Saúde*. In: COELHO, Luiz Fernando; ALVES, Roseli Terezinha Michaloski; ROCHA, Salette Casali (coords.). *Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade*. Francisco Beltrão: Grafisul, 2014, p. 26.

¹⁹⁹ NALINI, José Renato. *O Judiciário e a Ética na Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 200.

²⁰⁰ Ibidem, p. 202. Veja também: “A UTI do maior hospital de Cuiabá chega a funcionar sem médicos. [...] Não foram nem um nem dois casos de pacientes que poderiam ter saídos vivos das UTIs do pronto-socorro e não saíram. Porque eles não tiveram o cuidado adequado. [...] Quando o hospital não tem condições de operar todos que precisam, os pacientes se acumulam nas salas e nos corredores, à espera de uma vaga. Homens e mulheres dividem o mesmo espaço.” G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014. O ex-prefeito de Curitiba, Saul Raiz (83 anos) foi ferido numa tentativa de assalto. Ele foi dirigindo seu próprio carro ao Hospital São Vicente em busca de socorro onde não foi atendido. GAZETA DO POVO. *Prefeitura vai Investigar Hospital por não ter atendido ex-prefeito*. 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaacidania/conteudo.phtml?id=13...refeitura-vai-investigar-hospital-por-nao-ter-atendido-ex-prefeito>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

saúde brasileiro.²⁰¹

Para a população brasileira, o principal problema com o sistema público de saúde é a dificuldade de conseguir atendimento. Em seguida, aparece a falta de estrutura das unidades públicas de saúde e a falta de médicos. Todos esses problemas estão fortemente conectados. A demora no atendimento se deve, em grande medida, à deficiência física nas unidades de saúde e à falta de médicos. Para a população, no entanto, é o resultado final – a demora para ser atendido – que aparece como o principal problema.²⁰²

No que se refere à assistência hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Tribunal de Contas da União realizou amplo diagnóstico em 116 hospitais do SUS, que reúnem 27.614 leitos, em todos os estados da Federação. Foram identificados problemas graves, complexos e recorrentes, tais como, insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação.²⁰³

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO “[...] um enfermo acometido por grave enfermidade, experimentando dores lancinantes e não atendido prontamente em hospital público ou conveniado, faz supor um Estado que, descumprindo todos os seus compromissos com a dignidade da pessoa humana, submete seus cidadãos à inobjetével tortura.”²⁰⁴

Deve-se considerar a sua análise a respeito do conteúdo do art. 5º, III, CF segundo o qual: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Ele tem defendido, de maneira pioneira, que o conteúdo remete ao direito à saúde. Isso porque o referido dispositivo também se aplicaria à Administração Pública, vedando que fosse dispensado aos usuários dos serviços públicos de saúde tratamento que pudesse se configurar como desumano ou degradante. Tal reflexão se mostra pertinente, sobretudo ao se considerar a

²⁰¹ IBOPE. Op. cit., p. 9 e 13-14.

²⁰² Ibidem, p. 29.

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo...*, p. 48.

²⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, Políticas Públicas e o Cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, ano 24, n. 408, set. 2012, p. 100-101.

realidade da saúde pública brasileira, em que a superlotação dos hospitais impõe, em muitos casos, condições bastante precárias de atendimento aos cidadãos.²⁰⁵

A nação ávida de tributos que oneram o brasileiro²⁰⁶ não devolve em qualidade de serviço algo compatível com seu apetite fiscal. Apesar da existência de um sistema público de saúde universal é de conhecimento geral que o sistema público não tem capacidade para atender com qualidade toda a população. A solução é contratar planos privados de saúde. Sem ele, o risco de morrer sem assistência é um perigo efetivo que muitas famílias já experimentaram.²⁰⁷

Por isso, é preciso que o SUS formal enfrente suas complexidades e dificuldades para se tornar o SUS real.²⁰⁸

Portanto, um dos maiores problemas sociais do Brasil é a precariedade da saúde pública. E sendo o sistema de saúde deficiente, ele se torna um dos fatores responsáveis pelo quadro de desigualdade social existente no país.²⁰⁹

Além disso, o sistema de saúde brasileiro enfrenta desafios num país federativo com tamanha extensão territorial²¹⁰ e desigualdades sociais.

O Brasil tem quase 200 milhões de habitantes²¹¹ e marcantes diferenças regionais, a partir dos ricos sul e sudeste, para o norte e nordeste mais pobres, e para a fronteira de expansão rápida do centro-oeste.²¹²

Segundo o relatório sistêmico do Tribunal de Contas da União, que apresenta diagnóstico inédito sobre a saúde no Brasil, um grave problema do sistema de saúde brasileiro é a desigualdade entre as regiões do País. Enquanto

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Carga tributária brasileira bateu novo recorde em 2013 e fechou o ano em 37,65% do Produto Interno Bruto. O Brasil tem a carga tributária mais pesada entre os países emergentes e mais alta até que Japão e Estados Unidos. Só fica atrás para o bem-estar social europeu, onde o imposto é alto, mas a contrapartida do governo é altíssima. BECK, Martha. Carga tributária bate recorde e chega a 37,65% do PIB, diz estudo. *O Globo*. 28 jan. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/carga-tributaria-bate-recorde-chega-3765-do-pib-diz-estudo-11433593>>. Acesso em: 24. out. 2014; REVISTA VEJA. *Desafios Brasileiros: Carga Tributária*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>>. Acesso em: 24. out. 2014.

²⁰⁷ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 200.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ LUNA, Lara. Op. cit., p. 305.

²¹⁰ São 26 Estados, o Distrito Federal e 5.560 Municípios. Estados que vão desde Roraima, com apenas 279 mil habitantes, até São Paulo, com mais de 36 milhões de habitantes. Municípios com pouco mais de mil habitantes até o Município de São Paulo com mais de 10 milhões de habitantes. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para Entender...*, p. 15.

²¹¹ Conforme: FREITAS, Eduardo de. População Brasileira: A Distribuição da População Brasileira Caracteriza o Brasil como um País Pouco Povoado. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-brasileira.htm>>. Acesso em 27 de novembro de 2014.

²¹² VICTORA, Cesar G et al. Op. cit., p. 2042.

alguns Estados apresentam indicadores semelhantes aos dos países desenvolvidos, a performance de outros está mais próxima do desempenho dos países africanos. Isso pode ser observado, por exemplo, na esperança de vida ao nascer, que varia de 68 a 76 anos entre os Estados.²¹³

Há quem afirme que a ineficiência do sistema público de saúde tem motivos diferentes nas cinco regiões brasileiras. Este é o entendimento de Maria Cristina GRAMANI que analisou a base de dados do Sistema Único de Saúde (datasus),²¹⁴ entre 2008 e 2010. A pesquisa avaliou as quatro perspectivas que mais fortemente afetam o desempenho do sistema de saúde: investimentos; condições socioeconômicas da região; qualidade e capacidade de atendimento e nível de desenvolvimento dos profissionais de saúde.²¹⁵

Após avaliar o desempenho do sistema de saúde das cinco regiões brasileiras, ela identificou quais são os determinantes de ineficiência. De um modo geral, os sistemas de saúde são ineficientes nessas regiões, sob qualquer das quatro perspectivas analisadas.

Os resultados mostram que no Norte e Nordeste, os principais determinantes da ineficiência do sistema de saúde pública estão relacionados pela carência de profissionais, ou seja, ao baixo número de profissionais e de graduados nas áreas da saúde. Isso mostra que os estados dessas regiões precisam elevar os incentivos para atrair e reter profissionais de saúde.

No Sul e Sudeste, a principal deficiência está relacionada à falta de investimentos em infraestrutura. As principais carências possuem natureza financeira, o que inclui baixo gasto com saúde per capita. Maria Cristina GRAMANI explica que isso pode estar relacionado à alta densidade demográfica e à migração de habitantes de outras regiões. Além disso, o valor médio gasto com hospitalização é inferior ao necessário, o que pode ser explicado pelo tamanho da população idosa, maior que em outras regiões, que demanda mais gastos.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo...*, p. 15.

²¹⁴ Datasus é um centro de informação do governo que mede a saúde da população. Esta base de dados recolhe vários indicadores, incluindo informações demográficas e sócio-econômico, recursos financeiros, acesso à saúde, e serviços sanitários. Entre esses indicadores são muitas variáveis que estão direta e indiretamente relacionadas à saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Informática do SUS. DATASUS. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=01>>. Acesso em: 25 out. 2014.

²¹⁵ GRAMANI, Maria Cristina. Inter-Regional Performance of the Public Health System in a High-Inequality Country. *PLOS ONE*, 9 (1), 2014, p. 1. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0086687>>. Acesso em: 25 out. 2014.

Já na região Centro-Oeste, a ineficiência é determinada de forma equilibrada por estes dois fatores.²¹⁶

A referida doutrinadora destaca que os resultados mostram claramente que, se considerarmos apenas uma perspectiva geral, vamos simplesmente obter uma classificação geral de saúde e uma série de relevantes indicadores serão esquecidos. E as informações obtidas podem ajudar os tomadores de decisão do governo determinar quais recursos vão realmente afetar o desempenho do sistema de saúde em cada região do país.²¹⁷

É mister destacar que o sistema público de saúde tem como atribuições tanto a prestação de serviços públicos de saúde quanto o desenvolvimento de uma série de outras atividades, denominadas ações de saúde, relacionadas no art. 200 da Constituição Federal e nos arts. 5º e 6º da Lei n. 8.080/90.²¹⁸ Nessa perspectiva, pode-se concluir que a análise das dificuldades do sistema público de saúde também importa no exame das precárias políticas públicas de outros setores que diretamente interferem na demanda do sistema, tais como: as políticas de habitação, acesso aos sistema de abastecimento de água e saneamento básico.

O déficit habitacional brasileiro é de cerca de 5,792 milhões de domicílios, o equivalente a 9,1% dos domicílios.

²¹⁶ Ibidem, p. 6.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ “Art. 5º: São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;
b) de vigilância epidemiológica;
c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano.”

A composição desse déficit mostra que o componente com maior peso é o ônus excessivo com aluguel (45,9%), seguido pela coabitação (32,2%), habitação precária (15,3%)²¹⁹ e adensamento excessivo em domicílios alugados (6,6%).²²⁰

Em relação ao abastecimento de água através de rede geral de distribuição, observa-se que 33 municípios brasileiros, espalhados por nove Unidades da Federação, em 2008, permaneciam sem esse tipo de atendimento, situação é mais acentuada nos Estados da Paraíba, Piauí e Rondônia. De um modo geral, os poços particulares e os carros-pipa foram as principais fontes alternativas para a solução do problema.²²¹

Em 2009, a parcela da população com acesso a sistema de abastecimento de água, por rede geral é de 93,1% na zona urbana e 32,8% na zona rural.²²²

Com efeito, o acesso à água de boa qualidade e em quantidade adequada está diretamente ligado à saúde da população, contribuindo para reduzir a ocorrência de diversas doenças.²²³

Quanto ao esgotamento sanitário feito por rede coletora, a situação revela-se ainda mais preocupante. Em 2009, cerca de 80% dos domicílios em área urbana e 25% daqueles em área rural, eram cobertos com rede geral de esgoto ou de fossa séptica.

A disparidade entre as regiões é enorme. O Nordeste é a região onde a falta de rede coletora de esgotamento sanitário é mais grave (15,3 milhões de habitantes), com a escassez do serviço sendo maior nos Estados da Bahia, Maranhão e Piauí. Em segundo lugar, figurou a Região Norte do País (8,8 milhões de pessoas), sendo 60% concentrados no Estado do Pará. Em seguida, o Sul, (6,3

²¹⁹ O componente habitações precárias, considera no seu cálculo os domicílios rústicos (sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada) e os domicílios improvisados. Os domicílios rústicos são aqueles sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada. Em decorrência das suas condições de insalubridade, esse tipo de edificação proporciona desconforto e traz risco de contaminação por doenças. Já os domicílios improvisados englobam todos os locais e imóveis sem fins residenciais e lugares que servem como moradia alternativa (imóveis comerciais, embaixo de pontes e viadutos, carcaças de carros abandonados, barcos e cavernas, entre outros), o que indica a carência de novas unidades domiciliares. FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informação. Nota Técnica 1. *Déficit Habitacional no Brasil 2011-2012: Resultados Preliminares*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informação, 2014, p. 8.

²²⁰ *Ibidem*, p. 9-10.

²²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008*. Rio de Janeiro, 2010, p. 26.

²²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2012*. Estudos e Pesquisas, Informação Geográfica n. 9, Rio de Janeiro, 2012, p. 108-109.

²²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Pesquisa...*, p. 33.

milhões de pessoas), o Centro-Oeste (3,2 milhões de habitantes) e o Sudeste (1,2 milhão de pessoas).²²⁴

É mister destacar que a existência de esgotamento sanitário é fundamental na avaliação das condições de saúde da população, pois o acesso a este serviço é essencial para o controle e a redução de doenças. Trata-se de um indicador importante para a caracterização da qualidade de vida da população residente em um território.²²⁵

A falta de saneamento básico, além de prejudicar a saúde da população, eleva os gastos do governo com o tratamento das vítimas de doenças causadas pela falta de abastecimento de água potável, de um sistema de tratamento de esgoto e de coleta de lixo.²²⁶

Ana Paula de BARCELLOS explica que o saneamento, entendido como o processo que se inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição e finda com o esgotamento sanitário e a efusão industrial, é uma das medidas de saúde básica mais importantes da atualidade.²²⁷

Nesse sentido Gilmar Ferreira MENDES afirma que políticas no sentido de melhorias na rede de esgotos reduziriam, consideravelmente, a quantidade de doenças e, conseqüentemente, os gastos com saúde no Brasil. Logo, essas pesquisas indicam que existe uma relação direta entre saneamento básico, acesso à água potável e saúde pública.²²⁸

Diante disso, Paulo Marchiori BUSS entende que existe uma forte relação entre os estilos de vida das pessoas, sua posição social e econômica, suas condições de vida e seu estado de saúde.²²⁹

A realidade sanitária ainda não demonstra que as atividades preventivas representam prioridade do Poder Público e essa realidade interfere no sistema

²²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Pesquisa...*, p. 28-29.

²²⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Indicadores...*, p. 114.

²²⁶ SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 103.

²²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 333.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 687.

²²⁹ BUSS, Paulo Marchiori. *Uma Introdução ao Conceito de Promoção da Saúde*. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (orgs.). *Promoção da Saúde: Conceitos, Reflexões e Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 40.

público de saúde com uma demanda de atendimento que poderia ser preventivamente evitada.²³⁰

Este é um ponto nevrálgico para se compreender os principais problemas sanitários brasileiros - e, ao mesmo tempo, o adequado dimensionamento do comando constitucional de que a atenção prioritária às medidas preventivas constitui um relevante critério para viabilizar o controle das ações e omissões do Poder Público, especialmente no que tange à dimensão coletiva do direito à saúde.²³¹

Diante disso, vislumbra-se que os fatores socioeconômicos estão ligados ao nível de saúde da população. No caso brasileiro, a falta de políticas públicas eficientes de habitação, acesso à água potável, saneamento básico, educação, entre outras, resultam também na ineficiência da saúde.

Não por outro motivo tais temas foram expressamente atribuídos na Constituição e na lei orgânica da saúde disciplinando o controle e a fiscalização de ações, procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde.

Ao longo desse tópico pode-se verificar que o Sistema Único de Saúde representa muitos avanços na área da proteção e promoção do direito à saúde. Desde 1988 até hoje, não foram poucas as suas realizações, o que comprova a viabilidade e a capacidade resolutiva de um sistema baseado no direito universal à saúde. Contudo, apesar dos avanços trazidos com a criação do referido sistema, ele enfrenta desafios devido a existência de ineficiências na sua execução, tais como:

a) O SUS é uma promessa descumprida, pois apesar da proclamação de intenções na Constituição Federal, a realidade é bem diferente (maltrato em uma emergência, situação precária dos hospitais e prontos-socorros, atendimento insuficiente, falho ou em desconsideração com os preceitos humanitários, sentimento de desconfiança em relação ao mundo médico). A nação ávida de tributos que oneram o brasileiro não devolve em qualidade de serviço algo compatível com seu apetite fiscal. Trata-se da precariedade da saúde pública;

b) O sistema público de saúde é ineficiente por diferentes motivos nas cinco regiões do País, principalmente sob quatro perspectivas: investimentos; condições socioeconômicas da região; qualidade e capacidade de atendimento e nível de desenvolvimento dos profissionais de saúde;

²³⁰ MALISKA, Marcos; OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Op. cit., p. 2.

²³¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 125.

c) Os fatores socioeconômicos estão ligados ao nível de saúde da população, mas a realidade sanitária ainda não demonstra que as atividades preventivas representam prioridade do Poder Público. Assim, a falta de políticas públicas eficientes de habitação, acesso ao sistema de abastecimento de água e saneamento básico, - problemas que poderiam ser preventivamente evitados - resultam também na ineficiência da saúde.

Por isso, o Poder Judiciário tem atuado, através de suas decisões, a fim de implementar as previsões constitucionais, relativas à saúde, que julga inadequadamente tratadas pelo Poder Executivo. Daí surge a discussão a respeito do fenômeno chamado de ativismo judicial, que será objeto de análise pormenorizada no próximo capítulo. Assim, será debatida a atuação do Poder Judiciário na realização do direito à saúde.

2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A materialização do direito fundamental à saúde cabe ao Estado: por meio do Poder Legislativo, que deve regulamentar de modo adequado tal direito; por meio do Poder Executivo, que deve cumprir suas atribuições legais e constitucionais; e por meio do Poder Judiciário, que deve, quando provocado, realizar o processo de sopesamento de bens e valores, levando em conta o caráter social e pessoal do direito à saúde. Contudo, como se viu no capítulo anterior, muitas vezes o direito à saúde não é efetivado pelo Poder Executivo e essas pretensões não atendidas dos cidadãos, frequentemente, são convertidas em demandas judiciais.

Assim, neste segundo momento, o estudo discutirá a atuação do Poder Judiciário na implementação do direito fundamental à saúde (não realizado pelo Poder Executivo). Mister se faz apresentar as perspectivas para o ativismo judicial no Brasil bem como as críticas a respeito desse tema. Também, debater a legitimidade do controle judicial do direito fundamental à saúde e de suas políticas públicas. Por fim, tratar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a atuação do Conselho Nacional de Justiça, inclusive do Fórum Nacional de Saúde, acerca do crescimento das demandas judiciais em matéria de saúde.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial teve início com a decisão de *Marbury versus Madison* (5 U.S. 137, 1803), na qual o juiz John Marshall entendeu que a Constituição é uma lei suprema e por isso os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com ela. Dessa forma, quando duas leis estão em conflito, a Corte deve obedecer à superior e aplicá-la. Assim, foi possível demarcar o poder da Suprema Corte de rever os atos legislativos estaduais e federais que fossem inconstitucionais. Este caso é considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.²³²

²³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 90-96. A esse respeito, consulte: LANDMARK CASES OF THE U.S. SUPREME COURT. *Full Text of the Majority Opinion*. Disponível

Um importante exemplo do ativismo judicial pode ser encontrado no caso *Roe versus Wade* (410 U.S. 113, 1973) em que a Suprema Corte americana reconheceu o direito à privacidade não previsto, expressamente, na Constituição como um direito fundamental adicional concluindo que a mulher teria direito ao aborto ou a interrupção voluntária da gravidez.²³³

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA explica que o *judicial review* norte-americano representa o exemplo mais significativo do ativismo judicial na história constitucional moderna. E ela afirma que esse fenômeno permite “[...] à jurisdição constitucional a possibilidade de definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição.”²³⁴

O desenvolvimento do *judicial review* “priorizou os direitos previstos na Constituição²³⁵ – mesmo que isto fosse contra a vontade majoritária do povo ou de seus representantes –, defendeu minorias, realizou direitos sociais e tratou de políticas públicas.”²³⁶

Nesse contexto, fica demonstrada “a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas no texto constitucional, por meio de recursos à doutrina política.”²³⁷

Além disso, Ronald DWORKIN defende a leitura moral que consiste em um método específico de interpretar e aplicar uma Constituição política. Contudo, ela “é incerta e controversa, por isso todo sistema de governo que incorpora tais princípios

em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>>. Acesso em: 10 jun. 2014; AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Commemorating the 200th Anniversary of Marbury v. Madison*. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publiced/lawday/marbury.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²³³ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63-64. Acerca desse tema, veja também: LANDMARK CASES OF THE U.S. SUPREME COURT. *Summary of the Decision*. Disponível em: <http://www.streetlaw.org/en/Page/661/Summary_of_the_Decision>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 113.

²³⁵ Mister lembrar que a revolução americana se posicionou contra toda versão estadista de direitos e liberdades. Ela parte da necessidade de negar uma representação política não explicitamente querida, não diretamente instituída pelo povo soberano. Assim, essa revolução tende a desconfiar das virtudes de todo legislador confiando os direitos e liberdades à Constituição. Esta é a doutrina dos *rights*, da prioridade dos direitos sobre os poderes públicos. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 83.

²³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 85.

²³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais*. 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2005, p. 92-93.

a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los.”²³⁸

Com efeito, “no sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Por isso, os críticos²³⁹ da leitura moral da Constituição afirmam que ela dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais à sociedade transformando-os em reis-filósofos.”²⁴⁰

Outrossim, os juízes devem levar em consideração que trabalham em equipe ao lado dos demais funcionários da justiça, do passado e do futuro, “que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente.” Por isso, Ronald DWORKIN compara os juízes aos escritores que criam juntos um romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada um escreve um capítulo, em um processo contínuo.²⁴¹

Também deve haver respeito ao princípio da integridade que “instrui os juízes²⁴² a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”²⁴³

Posto isso, do pensamento norte-americano, ora referido, se infere que “a democracia contemporânea expandiu os horizontes dos tribunais, conferindo-lhes outras atribuições jurisdicionais e institucionais antes inexistentes, sobretudo a revisão judicial de medidas adotadas pelos outros Poderes.” Trata-se do fenômeno chamado de judicialização da política, que é baseado na supremacia da Constituição.²⁴⁴

²³⁸ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...*, p. 2.

²³⁹ “[...] coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e imóvel a reformular as decisões político-valorativas adotadas pelo processo democrático: se a reflexão moral individual de um único juiz é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? Portanto, a manutenção da Constituição não teria razão de ser porque o juízo moral de um único juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é definido por normas constitucionais.” DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 102.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...*, p. 2-3 e 17.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 15.

²⁴² Para expor a estrutura da interpretação jurídica, Ronald DWORKIN utiliza um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, o juiz Hércules. Contudo, ele não imagina que todos os juízes tornem-se Hércules, pois a sua utilidade decorre do fato dele ser mais reflexivo e auto-consciente do que qualquer juiz. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287 e 316.

²⁴³ *Ibidem*, p. 271-272.

²⁴⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin*. 255 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas

Ran HIRSCHL trata da referida judicialização afirmando que ela aconteceu em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, “com a transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário.”²⁴⁵

Ele adota o termo “juristocracia” para identificar o movimento de judicialização da política e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões políticas.²⁴⁶

Outrossim, Luiz Werneck VIANNA afirma que o “boom da litigação” é um fenômeno mundial que se destaca nas instituições da democracia política, inclusive no sistema da representação:

Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional.²⁴⁷

Neste contexto, a Justiça se aproxima da população por intermédio dos juizados especiais (antigamente denominados de juizados de pequenas causas), considerados mais céleres e menos burocratizados. E “a institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do Judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.”²⁴⁸

Ademais, Ran HIRSCHL apresenta três categorias de judicialização, quais sejam: a) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas (politização da Justiça); b) a judicialização das políticas públicas, por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos (objeto de estudo do presente trabalho); c) a judicialização da política pura ou da macropolítica, que seria a transferência às

Gerais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Defesa: Belo Horizonte, 2011, p. 53.

²⁴⁵ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2007, p. 1.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁴⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *Tempo social*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40-41.

²⁴⁸ *Idem*.

Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade.²⁴⁹

Durante o século XIX, o ativismo judicial, que era uma peculiaridade institucional norte-americana, passa por um expressivo processo de expansão. No limiar do século XXI, ele atingiu 158 países, que passam a prever formalmente algum instrumento de jurisdição constitucional. Assim, “em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*, e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, está se proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.”²⁵⁰

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA leciona que a expansão do ativismo judicial amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade. Ela afirma que o Poder Judiciário assume o papel de protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.²⁵¹

Posto isso, é mister realizar uma distinção extremamente relevante para a compreensão desse estudo, ou seja, separar judicialização do ativismo judicial.

Conforme o posicionamento de Luís Roberto BARROSO “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”²⁵²

O referido doutrinador entende que na judicialização, questões de grande relevância política ou social estão sendo apreciadas por órgãos do Poder Judiciário, substituindo o tradicional processo de decisão realizado pelo Poder Executivo. Logo, “a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”²⁵³

Já o ativismo judicial traduz “uma interpretação proativa e progressista do

²⁴⁹ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723.

²⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

²⁵¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2011, p. 86.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 25.

²⁵³ *Ibidem* p. 24.

ideário constitucional, redimensionando o seu real sentido e seu verdadeiro alcance.” Ele é invocado, geralmente, em casos de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, que provocam “a desarmonia entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva de demandas sociais.”²⁵⁴

É mister destacar que a distinção entre os institutos “reside na origem da atuação judicial para aquém dos limites da interpretação: enquanto no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, na judicialização ele provém da vontade do legislador constituinte tal qual exercida em macrocondições jurídicas.”²⁵⁵

Segundo Lênio Luiz Streck, ativismo judicial e judicialização da política são coisas que se confundem, na teoria constitucional contemporânea do início do século XXI, especialmente por fazerem parte de um gênero maior, o protagonismo judicial. Assim, “enquanto se tem no ativismo judicial a feição promotora dos fins sociais (pro) postos na Constituição, na judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário.”²⁵⁶

Ainda, o oposto do ativismo é a autorrestrrição ou a auto-contenção judicial (*self restraint*), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Essa doutrina objetiva “limitar a atividade do Judiciário a questões estritamente jurídicas, não aceitando que esse poder se manifeste sobre questões políticas, para compatibilizar o *judicial review* com a democracia.”²⁵⁷

Afirma-se que enquanto “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”²⁵⁸

Segundo Luís Roberto BARROSO, pela linha da autorrestrrição judicial, juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos

²⁵⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 16.

²⁵⁵ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias et al. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 133.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

²⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 89.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 26.

normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.²⁵⁹

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI verificam que no contexto da Constituição Federal de 1988 a referida teoria não se sustenta, pois a partir dela o Poder Judiciário passa a exercer um papel considerável na realização dos direitos fundamentais.²⁶⁰

Ela é adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, pois ele não é composto por representantes eleitos pelo povo. Os defensores dessa teoria também criticam a expansão da atuação do Poder Judiciário, alegando que o ativismo judicial viola a teoria da separação dos poderes.²⁶¹

Feitas essas considerações iniciais, parte-se para a discussão acerca do ativismo judicial no contexto brasileiro.

O Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, após a Constituição de 1988, um expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas e também devido às mudanças nos papéis institucionais do Ministério Público.²⁶²

O “controle judicial” do processo de impeachment contra o Presidente da República,²⁶³ a mudança de partido por parlamentar²⁶⁴ e questões éticas complexas

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização...*, p. 79.

²⁶¹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 76.

²⁶² ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 233.

²⁶³ No processo de impeachment de Fernando Affonso Collor de Mello, ex-presidente da República, houveram algumas peculiaridades. A polêmica foi jurídica e política. Primeiramente, cumpre esclarecer que o Senado é o fórum competente para julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e este processo é realizado sob o comando do Presidente do STF. A condenação ou absolvição no Senado, da mesma forma que a admissão do processo na Câmara, somente se dará pelo voto favorável de 2/3 da totalidade dos senadores. Neste caso, o então Presidente renunciou ao cargo, momentos antes de iniciada a votação, mas o Senado desconsiderou o comunicado da renúncia e seguiu adiante. O resultado foi a cassação de seu mandato e a sua inabilitação para o exercício de funções públicas, por 8 anos. Posto isso, indaga-se se o Supremo Tribunal Federal pode intervir em processos como esse, que são, declaradamente, da competência privativa do Congresso Nacional. Para isto, veja o Mandado de Segurança n. 21.623-9, impetrado por Fernando Affonso Collor de Mello, para exame das alegações de cerceamento de defesa, por não ter sido inquirida testemunha arrolada e pela introdução nos autos de contas telefônicas. Ele foi indeferido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.623. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 17 dez. 1992. Publicado no DJ em: 28 maio 1993). O Supremo Tribunal Federal afirmou a legalidade dessa imposição no Mandado de Segurança n. 21.689, cuja ementa está a seguir: “CONSTITUCIONAL. “IMPEACHMENT”. CONTROLE JUDICIAL. “IMPEACHMENT” DO PRESIDENTE DA REPUBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei n.

como o aborto de fetos anencéfalos²⁶⁵ e a pesquisa com células tronco²⁶⁶ são exemplos disso.

Sobre esse último caso, destaca-se que a ação questionava a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança. Contudo, os Ministros não se limitaram a analisar

27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5. XXXV. [...] V. - A existência, no "impeachment" brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parag. único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. VI. - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de "impeachment". [...] VIII. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei 201, de 27.02.1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguira a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo. IX. - Mandado de segurança indeferido." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.689. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 16 dez. 1993. Publicado no DJ em: 07 abr. 1995. Com efeito, decidiu-se que as decisões do Senado são irrecuráveis e definitivas. Assim, no julgamento do Presidente da República, ele não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da Constituição, e de suas decisões não há recurso para nenhum tribunal. Diante disso, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal foi ativista no caso de Fernando Affonso Collor de Mello, pois decidiu que pode controlar o procedimento, o respeito ao devido processo legal e analisar questões relativas aos pressupostos processuais (justa causa para ação penal em vista da vigência ou não da Lei 1.079/50). Contudo, nesta situação, o STF não pode julgar o mérito da decisão.

²⁶⁴"[...] FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTEs. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 04 out. 2007. Publicado no DJE em: 17 out. 2008.

²⁶⁵"ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 abr. 2012. Publicado no DJE em: 30 abr. 2013.

²⁶⁶"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI N. 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA) . PESQUISAS COM CÉLULAS- TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. Publicado no DJE em: 28 maio. 2010.

a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco e a criação de órgãos responsáveis pela fiscalização dessas pesquisas. Por isso, afirma-se que “os ministros do STF teriam agido como “legisladores” demonstrando que essas inclusões evidenciam um papel mais ativo que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sem impor qualquer condição.”²⁶⁷

Assim, “juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando a defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático.”²⁶⁸

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA leciona que a experiência norte-americana deve ser tida como exemplo e adaptada ao caso brasileiro “que, por sua vez, enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas.”²⁶⁹

Luís Roberto BARROSO indica como causas da judicialização no ordenamento jurídico pátrio: a redemocratização do país, inclusive com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (amplo, pois permite que questões de relevância política e moral sejam discutidas sob a forma de ações judiciais).²⁷⁰

Nesse sentido, Rogério Bastos ARANTES entende que a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça, inclusive ao Poder Judiciário:

De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a “necessidade de juízes e árbitros legítimos” virem a decidir sobre conflitos entre

²⁶⁷ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, jun. 2009, p. 3.

²⁶⁸ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *Op. cit.*, p. 52.

²⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 115.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 24-25 e 31.

sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado.²⁷¹

O referido doutrinador também afirma que “o modelo constitucional delega ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a tarefa de proteger os direitos e interesses individuais bem como a garantia de direitos coletivos e sociais.” Por isso, há um número crescente de grupos que exigem uma solução judicial para os conflitos sociais.²⁷²

Além disso, os sucessivos problemas vivenciados pelo Executivo e Legislativo, com parte de seus membros envolvidos em graves suspeitas de prática de corrupção, improbidade e quebra de decoro, fazendo com que a credibilidade desses Poderes tenha atingido índices baixos.²⁷³

Dessa forma, “atrofiados em meio a um emaranhado de questionamentos técnicos, éticos e morais, os Poderes de soberania se encontram descredenciados perante os cidadãos, que lançam então seu olhar de esperança sobre o terceiro tripé da República: O Poder Judiciário.”²⁷⁴

Nesse contexto, nota-se “o esforço dos Tribunais no sentido de tentar aplacar a crise instalada entre as três grandes arenas políticas do governo e minimizar as intensas violações daí decorrentes, que ameaçam os direitos e garantias fundamentais.”²⁷⁵

²⁷¹ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999, p. 1-2.

²⁷² ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 231.

²⁷³ CARLINI, Angélica. Op. cit., p. 134. A esse respeito, consulte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Décimos Quintos Embargos Infringentes na Ação Penal n. 470. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 22 maio 2014. Publicado no DJE em: 03 nov. 2014; FOLHA DE SÃO PAULO. *Mensalão: O que é, Julgamento, Acusados e Crimes*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/>>. Acesso em: 13 out. 2014; GOIS, Chico de; BRAGA, Isabel. Sob Protesto, Câmara Instala CPI para Investigar Corrupção na Petrobrás. *O Globo*. 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/sob-protesto-camara-instala-cpi-para-investigar-corrupcao-na-petrobras-15444233?topico=cpi-da-petrobras>>. Acesso em: 02 mar. 2015; FOLHA DE SÃO PAULO. *Entenda a CPI dos Correios*. 01 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u71875.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2014; FAVERO, Daniel. Lembre do Escândalo dos Anões do Orçamento que Completa 20 Anos. *Terra*. 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lembre-do-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em: 13 out. 2014; BRASIL. Câmara dos Deputados. *Conselho de Ética Instaura Processo por Quebra de Decoro contra Jair Bolsonaro*. 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/479547-CONSELHO-DE-ETICA-INSTAURA-PROCESSO-POR-QUEBRA-DE-DECORO-CONTRA-JAIR-BOLSONARO.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015; G1. *Juiz Condena Ex-Prefeito, Vereador e Secretária de Educação de Itu*. 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/03/juiz-condena-ex-prefeito-vereador-e-secretaria-de-educacao-de-itu.html>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

²⁷⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 81.

²⁷⁵ Idem.

Com efeito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário se tornou uma importante instituição política. Nesse novo modelo jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer o papel de “guardião da Constituição” (art. 102 da Constituição Federal)²⁷⁶ tendo consagrado também o controle de constitucionalidade herdado da Suprema Corte norte-americana.

O Brasil possui um sistema híbrido de revisão judicial, ou seja, o controle de constitucionalidade é difuso e concentrado. Rogério Bastos ARANTES explica que “com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), o Supremo Tribunal Federal pode, diretamente, anular ou ratificar uma lei, podendo ser considerado um tribunal constitucional. Por outro lado, o sistema não é totalmente central, pois o STF não detém o monopólio na declaração de inconstitucionalidade dividindo essa autoridade com as cortes inferiores e os juízes brasileiros.”²⁷⁷

Luiz Werneck VIANNA afirma a importância da presença das ADINS²⁷⁸ no cenário brasileiro: “Além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a ação direta de inconstitucionalidade também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalente em países de configuração unitária.”²⁷⁹

Ainda, outro aspecto relevante ao estudo do ativismo judicial no Brasil, está na análise do papel institucional do Ministério Público, que está passando por um importante processo de reconstrução. Assim, “a associação desse órgão à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial.”²⁸⁰

Por isso, “o Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de

²⁷⁶ “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

²⁷⁷ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 235-236.

²⁷⁸ Em dezessete anos, ou seja, de 1988 a 2005, das ADINS ajuizadas 60% do total versavam sobre matéria de administração pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 43-44.

²⁷⁹ Ibidem, p. 44.

²⁸⁰ ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e Política...*, p. 1.

politização do sistema judicial.”²⁸¹

Conforme demonstrado, a doutrina pátria reconhece a existência do ativismo judicial, sendo que alguns entendem que ele pode consistir em um instrumento eficaz de concretização da democracia e da justiça.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Indaga-se por que o acesso à Justiça e a luta por direitos se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário. Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública.

Se o cumprimento do dever estatal de promoção à saúde é negligenciado, é comum que haja uma invocação jurídica desse direito fundamental social, em determinada situação concreta.

São notórias as falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação dos serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças e falta de medicamentos, conforme o contexto delineado no primeiro capítulo.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde.

Rogério Bastos ARANTES entende que a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças a favor do fenômeno da judicialização da política no Brasil. E “essa situação pode ser explicada pelo fato de que o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal, é provocado, cada vez mais, devido a extensão da Constituição e a proposição de novas emendas.”²⁸²

Contudo, o Poder Judiciário é questionado e criticado por estar exercendo um controle judicial sobre as políticas públicas. Assim, passa-se a análise das principais críticas²⁸³ acerca dessa matéria tratando da desigualdade quanto ao acesso à justiça, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e o caráter

²⁸¹ Ibidem, p. 1-2.

²⁸² ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 233.

²⁸³ Não é objeto do presente estudo realizar uma análise exaustiva das críticas ao controle judicial de políticas públicas tão somente sistematizar algumas delas.

antidemocrático da intervenção judicial.

A primeira objeção se refere a questão do acesso à justiça e alega que ele atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação.

Assim, haveria um aumento na desigualdade social porque, “partindo do princípio de que o acesso à justiça ocorre em maior parte pela classe média, a tutela concedida aumentaria ainda mais a concentração de renda a dita classe, em prejuízo aos menos favorecidos.”²⁸⁴

Segundo Cláudio Pereira de SOUZA NETO, este argumento “incorre numa falácia, pois utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. Ao invés de apontar soluções a um acesso mais amplo ao Judiciário, opta-se por podar de todos o acesso, o que não seria razoável.”²⁸⁵

Em pesquisa, que examinou todas as ações ajuizadas entre 1997 e 2004, no Estado de São Paulo, verificou-se que em 67,7% dos casos, os autores eram representados por advogados particulares, o que sugere a possibilidade de arcarem com os custos dos processos, nada obstante, em 23,8%, possuem apoio de associações.²⁸⁶

A quem afirme que a solução para essa situação reside na ampliação do acesso ao Judiciário, inclusive aos pobres, como a criação de leis que regulamentem esse acesso de forma simples e gratuita. Um exemplo que ilustra esse caso está disposto na “Lei n. 12.153/2009 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Somado a isso, deve-se também promover uma melhor estruturação das Defensorias Públicas e se cobrar uma ação mais efetiva por parte do Ministério Público.”²⁸⁷

²⁸⁴ SUZIN, Jederson. *A Implementação do Direito à Saúde: A Legitimidade do Judiciário e seus Limites*. 100 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2012, p. 37-38.

²⁸⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 534.

²⁸⁶ MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do Direito Social à Assistência Farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, fev. 2007, p. 103-104.

²⁸⁷ SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 38.

Outra crítica à possibilidade de controle judicial sobre políticas públicas alega que tal intervenção fere o princípio da separação dos poderes, por representar uma ingerência indevida do Poder Judiciário em matérias que teriam sido exclusivamente conferidas ao Legislativo ou ao Executivo.

Por isso, a viabilidade desse controle é questionada frente ao princípio da separação de poderes e de freios, cristalizado no art. 2º da Constituição Federal, que proclama: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento desse princípio visto que ele passa a ter a qualidade de princípio fundamental e cláusula pétrea (art. 60, §4º, III), tornando-se insuprível do texto constitucional.²⁸⁸

Segundo Anna Cândida da Cunha FERRAZ, o princípio da separação dos poderes “tem assento expresso como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, normas-síntese pela primeira vez introduzidas em texto constitucional pátrio, cuja função, no sistema, é a de induzir a interpretação das normas constitucionais, levar à integração das normas constitucionais entre si e pré ordenar a estruturação e a organização de poderes.”²⁸⁹

Contudo, argumenta-se que o Judiciário estaria violando este princípio, devido sua postura ativista, ao usurpar funções do Legislativo e Executivo.

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (como o direito à saúde). Isto porque “a atuação do Judiciário no campo social representaria uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas.”²⁹⁰

Gilmar Ferreira MENDES também entende que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos comandos constitucionais do acesso universal e igualitário.²⁹¹

²⁸⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: O Poder Congresso de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

²⁸⁹ Idem..

²⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 520.

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 706.

Contudo, Sérgio Cruz ARENHART explica que “a nova mentalidade, exigida do Judiciário na sua função de concretização dos direitos fundamentais, necessita de uma revisão acerca da clássica ideia da tripartição dos poderes,²⁹² que impede sua atuação como legislador positivo em face das omissões legislativas.”²⁹³

Neste sentido, Andreas Joachim KRELL defende a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes, visando garantir a proteção dos direitos fundamentais tanto contra o arbítrio, quanto em face da omissão estatal:

O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”²⁹⁴

E o referido princípio deve ser analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entre os poderes. Ele deve expressar “uma divisão de funções onde, numa mútua colaboração e fiscalização, todos devem dirigir suas ações à concretização dos fins do Estado.”²⁹⁵

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI aduzem que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso que também ocorra um crescimento dos papéis do Poder Judiciário. Portanto, segundo as referidas doutrinadoras, a teoria da separação rígida dos poderes está superada.²⁹⁶

²⁹² O idealizador desse sistema é John LOCKE que afirma que o detentor do poder de legislar não pode ser e nem deve dispor dos meios e recursos do governo, inclusive sobre o poder de coação sobre os indivíduos; e quem dispõe desse poder não pode ser, por sua vez, o titular do poder legislativo. Ele foi o primeiro a formular a distinção entre o poder absoluto e moderado. O primeiro é exercido por um único sujeito, seja o rei ou a assembleia, detentor do Poder Legislativo e Executivo. Já no segundo, os poderes são distintos e pertencem a sujeitos diversos. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011. MONTESQUIEU foi o responsável por defender e divulgar esse sistema através da discussão sobre a alternativa entre poder absoluto (despótico) e poder moderado. MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. FERREIRA, Roberto Leal (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

²⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 2009, p. 8-9. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/2009/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2012.

²⁹⁴ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144 out./dez. 1999, p. 252. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

²⁹⁵ SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 24.

²⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. 3 p. 74.

Clèmerson Merlin CLÈVE explica que “se atualmente, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, enquanto ideia racionalizadora do aparato estatal ou enquanto técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido nem se encontra superado.” Por isso, ele defende que missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de MONTESQUIEU à realidade constitucional contemporânea.²⁹⁷

Por isso, entende-se que “hoje, advogar a organização dividida do poder estatal é também advogar a necessidade de cooperação e diálogo entre os poderes”.²⁹⁸

No entendimento de Luís Roberto BARROSO “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.”²⁹⁹

Outrossim, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e para a estabilidade da democracia.³⁰⁰

Nesse contexto, Octavio Campos FISCHER leciona que pela dificuldade do Poder Público em respeitar e realizar, espontaneamente, a Constituição demanda-se, um maior ativismo judicial:

[...] não podemos admitir é a tese de que a Constituição é norma e, na prática, assemelhá-la a uma folha de papel, com a alegação de que o princípio da separação dos poderes não permite que o Judiciário tome, espontaneamente, atitudes próprias de outros órgãos, na omissão destes. Afinal, este princípio deve servir à Constituição e aos direitos fundamentais e não ser um fim em si mesmo.³⁰¹

Ana Paula de BARCELLOS entende que a separação de poderes constitui-se como uma ferramenta do Estado “e, como todo e qualquer instrumento, somente ele se justifica caso seja adequado a fim a que se destina.”³⁰²

Assim, segundo Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, entende-se que

²⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 343.

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 31.

³⁰⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. *Op. cit.*, p. 150.

³⁰¹ FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 280-281.

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 261-262.

se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário: “[...] pensar em sentido contrário consistiria em retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político, desprovido de normatividade, algo inaceitável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito.”³⁰³

Além disso, há uma grande tensão entre o Poder Judiciário, que exerce a jurisdição constitucional no Brasil, e os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos democraticamente pelo povo. Essa tensão consiste “[...] num reflexo da crise social por que passa a sociedade brasileira, que busca, cada vez mais, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais que demandam prestações positivas do Estado para serem implementados.”³⁰⁴

Nesse contexto, nota-se o esforço dos Tribunais em atenuar a crise entre os três Poderes e aplacar as violações, decorrentes dessa situação, que ameaçam os direitos fundamentais.³⁰⁵

A questão que se coloca é a de saber se a atuação ativista do Poder Judiciário pode ser considerada juridicamente legítima e se o mundo ganhará em ser governado pelos juízes. Dessa forma, indaga-se “se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais.”³⁰⁶

Há doutrinadores³⁰⁷ que se manifestam adversos ao ativismo judicial por compreendê-lo danoso à democracia entendendo que o juiz substitui o Executivo bem como o povo, que não foi consultado na definição das prioridades das políticas públicas. Dessa forma: “[...] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes.”³⁰⁸

Outrossim, José Francisco NETO SIQUEIRA entende que a participação popular está assegurada no Poder Legislativo sendo comum a participação de

³⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit., p. 73-74.

³⁰⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 17-18.

³⁰⁵ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 81.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 17.

³⁰⁷ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito à Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁰⁸ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.

peças ou entidades nas audiências públicas do poder ou nos casos de projetos de lei de iniciativa popular. Enquanto no Poder Judiciário, os magistrados não se constituem como representantes políticos da população, pois eles não são eleitos pelo voto popular senão selecionados por concursos públicos.³⁰⁹

Por esta visão, “o Judiciário, que não responderia politicamente pelo povo, jamais pode interferir na vontade popular e dizer quais demandas e necessidades priorizar nos gastos públicos. Não seria o Judiciário, deste modo, democraticamente legítimo para dizer ao povo quais são suas necessidades, pois esta decisão caberia a ele próprio, através dos órgãos eleitos.”³¹⁰

Com efeito, afirma-se que as decisões ativistas em matéria de direitos fundamentais não possuem legitimidade democrática, pois a teoria da democracia exige que a vontade do povo se reflita no processo de votação dos seus representantes. Logo, “somente quando as leis criadas pelo Parlamento estão sendo aplicadas por juizes de tal forma em que melhor refletem as intenções do legislador, ou seja, quando o juiz é somente “a boca da lei”,³¹¹ a legitimidade democrática de sua decisão não é questionada.”³¹²

Por outro lado, Cláudio Pereira de SOUZA NETO afirma que a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia da deliberação pública: “O Judiciário, ao garantir os direitos sociais fundamentais, capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público.”³¹³

Luiz Cristina Fonseca FRISCHEISEN destaca que “não se trata de um juiz legislador ou da substituição do Executivo pelo Judiciário, mas sim de um juiz intérprete da Constituição Federal, que deve estar em sintonia com as demandas dos diversos setores da sociedade em que vive e trabalha”.³¹⁴

³⁰⁹ NETO SIQUEIRA, José Francisco. *Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Desafios à Democracia Brasileira*. In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). *Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 208.

³¹⁰ SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 24.

³¹¹ “os juizes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Op. cit., p. 175.

³¹² WLODZIMIERZ, Gromski. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (coords.). *Entre Brasil e Polônia: Um Debate sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 14.

³¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 523.

³¹⁴ FRISCHEISEN, Luiz Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 103.

Segundo Estefânia Maria Queiroz BARBOZA, o Poder Judiciário “deve exercer um papel ativo, tanto político como social no Estado brasileiro, interpretando os direitos sociais prestacionais de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.³¹⁵

Ana Paula de BARCELLOS também discorre que o Judiciário possui razões que lhe conferem legitimidade:

a) foi criado pela Constituição Federal, derivando dali sua autoridade e compoendo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; b) a cúpula do Judiciário é formada pela vontade conjunta do Executivo e Legislativo, o que lhes dá considerável grau de representatividade; c) possuem os magistrados um conjunto de prerrogativas que lhes dão independência em seu agir; d) a atividade jurisdicional se desenvolve com escoro em enunciados normativos, frutos de manifestações majoritárias. Somado a isso, tem ele o dever de prestar contas publica e motivadamente de suas decisões ; e) a decisão judicial não decorre de uma vontade única, final e acabada. Pode ser revisa por órgãos superiores, oportunizando-se a correção de eventuais erros; f) o processo judicial é mais participativo que qualquer outro processo político, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório e g) os grupos minoritários sempre terão acesso ao Judiciário para a proteção de seus direitos.³¹⁶

Ademais, a democracia deve ser harmonizada com a concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, e não apenas daqueles que compõem a maioria, uma vez que são eles “condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra limites.”³¹⁷

Portanto, denota-se que a democracia não pode visar simplesmente a satisfação da maioria, “sob pena de afronta ao princípio da igualdade material, motivo por que a minoria também deve ter seus direitos garantidos, o que só é possível através do processo judicial. Assim, pode-se concluir que a garantia dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário não afronta o princípio democrático, mas sim o protege.”³¹⁸

Segundo Cláudio Ari MELLO a resposta para essa objeção está no encontro do equilíbrio, pois “não se pode tolerar a supremacia de um parlamento indiferente

³¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade...*, p. 9.

³¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 271.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 266.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 561.

ao programa constitucional, nem tampouco restringir aos juízes o monopólio da interpretação constitucional asfixiando a cultura republicana.”³¹⁹

Por isso é necessário que o Judiciário tenha prudência na resolução da seguinte situação: “de um lado, a letargia que fere toda a estrutura moral e material do Executivo e do Legislativo, cujos resultados aviltam o paradigma do Estado Democrático. De outro, a exigência dos cidadãos e segmentos sociais, no sentido de que o órgão jurisdicional supra e até mesmo repare os inúmeros danos e inadiáveis lacunas geradas pela referida inércia dos Poderes.”³²⁰

Isto posto, examina-se como se posiciona a jurisprudência acerca desse tema. O Ministro Celso de MELLO proferiu decisão emblemática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 sobre o controle judicial de políticas públicas. Ele sustentou que formular e implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. E ressaltou que é possível atribuir essa incumbência, excepcionalmente, aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis (encargos político-jurídicos), colocando em risco a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos (direitos fundamentais) previstos na Constituição Federal.³²¹

A referida decisão estabeleceu parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas. De acordo com o paradigma adotado, existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo,

³¹⁹ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 232.

³²⁰ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 154.

³²¹ “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 29 abr. 2004. Publicado no DJ em: 4 maio 2004.

a omissão ou a política seja desarroazoadas. Em todos os casos, é preciso que haja verba pública para a implementação das medidas.³²²

Com efeito, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Trata-se de “uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.”³²³

Assim, “quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configurar um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, justamente para permitir a manutenção do processo democrático.”³²⁴

Essa interferência judicial, no caso do direito à saúde, pode ocorrer nas hipóteses de omissão legislativa (inércia em regulamentar determinada questão específica ligada ao direito à saúde), omissão administrativa (descumprimento da legislação que regulamenta o suscitado direito) e no caso de obscuridade, contradição ou excesso em sede legislativa ou administrativa (a regulamentação do direito restrinja de modo não constitucionalmente fundamentado esse direito originário).³²⁵

Ao se defender o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário “[...] não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos

³²² Cumpre registrar que a ADPF n. 45 foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto. A referida ação foi promovida contra veto, emanado do Presidente da República, que incidiu sobre o art. 55 § 2º (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Contudo, o objetivo perseguido foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Destaca-se que a superveniência desse fato não obsta o reconhecimento de que a referida ação constitucional “[...] qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, [...] venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.” Idem.

³²³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05. set. 2013.

³²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade...*, p. 159.

³²⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: Um Direito Fundamental Social Individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011, p. 28.

direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente.”³²⁶

Na maioria dos casos, “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático.”³²⁷

Portanto, apesar das críticas ao controle judicial de políticas públicas, conclui-se que quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo representa um entrave à democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação do direito fundamental à saúde.

Entretanto, nessa atuação judicial destaca-se a ausência do estabelecimento de critérios e de orientações aos magistrados, de como devem decidir as questões relativas à concretização do direito à saúde. Por isso, mister se faz analisar o posicionamento do Poder Judiciário acerca dessa questão, que será debatida no próximo tópico.

2.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ATUAÇÃO DO CNJ NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Durante algum tempo, a atuação judicial esteve fortemente orientada pelo convencimento pessoal dos julgadores. Sem uma padronização dos limites da decisão judicial ou sem uma discussão mais aprofundada sobre as questões de saúde, os magistrados, muitas vezes, decidiram de maneira “solitária” as demandas de saúde apresentadas.

O resultado foi uma relevante ampliação dos serviços de saúde pela via judicial. O reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/AIDS é um exemplo disso.³²⁸

³²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização...*, p. 79.

³²⁷ *Idem.*

³²⁸ “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. [...] - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade

Assim, o crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxeram a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica por parte do Poder Judiciário. Ele tem atuado, através do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de oferecer parâmetros e diretrizes à atuação judicial em saúde para que assim se possa planejar e controlar essas questões e torná-las mais eficientes, céleres e acessíveis.

O Supremo Tribunal Federal tem definido, os contornos do direito de proteção à saúde em diversos julgados que versam sobre fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior.³²⁹

É grande o número de decisões de Tribunais brasileiros condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, meios de diagnóstico ou tratamento a pessoas doentes, e ao pagamento de multa diária pelo não cumprimento destas decisões judiciais.³³⁰

governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 set. 2000. Publicado no DJ em: 24 nov. 2000. No mesmo sentido, vide também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 242859/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 29 jun. 1999. Publicado no DJ em: 17 set. 1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238328/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 16 nov. 1999. Publicado no DJ em: 18 fev. 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255627/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgado em: 21 nov. 2000. Publicado no DJ em: 23 fev. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 256327. Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 25 jun. 2002. Publicado no DJ em: 13 set. 2002.

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 709.

³³⁰ Veja-se, exemplificativamente: “[...] determino a intimação do Estado do Paraná para que, no prazo de 5 (cinco) dias, demonstre ter realizado o fornecimento do medicamento Viagra na dosagem ora recomendada, sob pena de bloqueio dos valores necessários a sua aquisição.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Recurso Extraordinário e Recurso Especial em Apelação em Reexame Necessário n. 5000785-74.2010.404.7016/PR. Terceira Turma. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em: 24 abr. 2012. Publicado no DJE em: 2 maio 2012; Fornecimento de fraldas descartáveis – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 626382/RS. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 27 ago. 2013. Publicado no DJE em: 11 set. 2013; Fornecimento de leite em pó – BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5000936-12.2011.404.7208/SC. Terceira Turma. Relator: Nicolau Konkel Júnior. Julgado em: 25 jul. 2012. Publicado no DJE em: 27 jul. 2012; Fornecimento do fármaco Cystagon, necessário ao tratamento de Cistinose – BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 5010300-64.2012.404.0000/PR. Terceira Turma. Relator: Fernando Quadro da Silva.

Gilmar Ferreira MENDES explica que devido a grande importância teórica e prática do problema da judicialização do direito à saúde, ele não envolve somente os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais das áreas de saúde e a sociedade civil como um todo.³³¹

Ele também afirma que, “[...] as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes, contrastante com a política estabelecida pelos governos para área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”³³²

Posto isso, diante da existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, houve a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de uma audiência pública sobre a saúde.

Na referida audiência pública³³³ foi reconhecida a complexidade da interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde e a sua dependência de juízos de ponderação que considerem todas as circunstâncias dos casos concretos.³³⁴

Com base na experiência apreendida nessa audiência pública, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e estabeleceu, no julgamento da Suspensão de Tutela

Julgado em: 20 mar. 2013. Publicado no DJE em: 21 mar. 2013; Fornecimento do medicamento Myozyme, tratamento para doença de POMPE (glicogenose tipo II) - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 361/BA. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 23 jun. 2010. Publicado no DJE em: 13 ago. 2010; Fornecimento de medicamentos para o tratamento de pacientes que possuem esquizofrenia paranóica e doença maniaco-depressiva - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 dez. 2006. Publicado no DJ em: 2 fev. 2007; Fornecimento de tratamento cirúrgico, colocação de prótese de quadril. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5016363-73.2011.404.7200/SC. Terceira Turma. Relator: Fernando Quadros da Silva. Julgado em: 15 jan. 2014. Publicado no DJE em: 16 jan. 2014.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

³³³ A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ouviu 50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública de Saúde*. 12 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 715.

Antecipada n. 175,³³⁵ alguns parâmetros essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito.³³⁶

O primeiro dado a ser esclarecido, segundo Gilmar Ferreira MENDES, é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nessas situações, parece ser evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.³³⁷

Além disso, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Ele também observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

O segundo dado a ser considerado, nos termos do voto do Relator, é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nessa hipótese, pode ocorrer uma situação em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.³³⁸

³³⁵ Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

³³⁶ A esse respeito, veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 11 nov. 2008. Publicado no DJE em: 18 nov. 2008. Na STA 244, o Estado do Paraná pediu a suspensão da decisão da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010, p. 17-18.

³³⁸ *Ibidem*, p. 19-21.

Ademais, poderá ocorrer outra situação em que o SUS não dispõe de nenhum tratamento específico para certa patologia (novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS). Destaca-se que o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos puramente experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia).³³⁹

Karine da Silva CORDEIRO entende que, com base nos parâmetros fixados pela STA 175, diversos medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e não fornecidos pela rede pública foram assegurados pelo Supremo Tribunal Federal. Um dos critérios decisivos para a decisão é o risco de a ausência da medida postulada ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.³⁴⁰

Conforme Ingo Wolfgang SARLET os referidos critérios “não esgotam os referenciais que podem detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, inclusive na parte geral dos direitos sociais.”³⁴¹

Devido ao elevado número e da ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como do forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu incentivar um debate nacional sobre a questão com a construção de soluções de ordem prática para permitir aos magistrados que conheçam melhor os temas sobre os quais estão julgando.³⁴²

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. Op. cit., p. 193. A esse respeito veja: O Tribunal Regional Federal determinou que a União pagasse a cirurgia de Júlia (5 anos, com paralisia cerebral), no valor de US\$ 44,2 mil (cerca de R\$ 118 mil). A menina não tinha controle dos membros inferiores e a cirurgia foi indicada para deter os espasmos que a impediam de andar. Esse procedimento ocorreu no dia de 22 de janeiro de 2015, no hospital americano Saint Louis Children's Hospital, pois ele não é realizado pelo Sistema Único de Saúde e nem pela rede particular. “A prova documental carreada aos autos não deixa dúvidas da enfermidade de JULIA MARCHETI FERRAZ - menor incapaz - portadora de Paralisia Cerebral Disparetica Espástica, GMFCS III, SECUNDÁRIA A ANOXIA NEONATAL, e diagnóstico disfuncional de diplegia espática - o qual provoca deficiência de mobilidade, com rigidez muscular, impeditiva de sua locomoção (fls. 90/96), cujo quadro sintomático é extremamente grave, se não tratada, conhecendo apenas uma única chance de melhoria nas condições da autora com a realização da cirurgia "RIZOTOMIA DORSAL SELETIVA", prescrita pelos médicos que a assistem. Importante consignar se tratar de procedimento, adequado e eficaz, a assegurar à paciente a chance de um crescimento normal, sem as seqüelas incapacitantes e fatais trazidas pela anomalia.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento n. 0000001-38.2015.4.03.0000/SP - 2015.03.00.000001-3/SP. Quarta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Alda Basto. Julgado em: 21 jan. 2015. Divulgado no DJ em: 26 jan. 2015.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 583.

³⁴² CARLINI. Angélica. Op. cit., p. 149.

Em abril e maio de 2009, houve um amplo e profundo debate durante a audiência pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, para discutir as questões relativas às demandas judiciais referentes ao fornecimento de prestações de saúde. Nessa discussão foram constatadas carências e disfunções que resultam das demandas de saúde que afetam a eficiência da prestação jurisdicional e a qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência (sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas) e a necessidade de maior difusão de conhecimentos entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde.³⁴³

A partir dos resultados dessa audiência pública, o CNJ designou, pela Portaria n. 650 de novembro de 2009, um grupo de trabalho formado por magistrados e especialistas para realizar trabalhos e propor medidas visando aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde. Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010,³⁴⁴ pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.³⁴⁵

³⁴³ NOBRE, Milton Augusto de Brito. *Da Denominada Judicialização da Saúde: Pontos e Contrapontos*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 376.

³⁴⁴ “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. [...] I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

Em abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde com o objetivo de monitorar e buscar soluções para o número crescente de demandas da área de saúde que chegam ao Judiciário.³⁴⁶

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 40 de março de 2014) e constituído por Comitês Executivos nos Estados e que, no momento, já somam 27, estruturados e constituídos em todos os Estados da Federação.³⁴⁷

O I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde foi realizado em novembro de 2010 e a Declaração oriunda desse evento proclama que “reafirma-se que a atuação do Poder Judiciário é de crucial importância para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito fundamental à saúde, ainda, que se argumente que do seu exercício advenham tensões perante os gestores e executores de políticas públicas.³⁴⁸

A fim de subsidiar com informações estatísticas dos trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010.

³⁴⁵ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Op. cit., p. 376.

³⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fórum do Judiciário para a Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁴⁷ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O Fórum Nacional do Judiciário como Instrumento na Efetivação do Direito à Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 429.

³⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Declaração do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*. São Paulo, nov. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/declaracao_do_i_encontro_do_forum.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2014.

acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo.³⁴⁹

Nos dias 14 a 16 de maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça realizou a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

O evento faz parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde. Foi um debate multidisciplinar, que contou com a presença de magistrados, integrantes do Ministério Público, de Procuradorias e da Advocacia, além de gestores, acadêmicos e profissionais da área da saúde reunidos na I Jornada de Direito da Saúde aprovaram, na última semana, 45 enunciados interpretativos sobre direito da saúde. Cobertura de procedimentos pelos planos de saúde, fornecimento de órteses e próteses, consequências jurídicas de métodos artificiais de reprodução, direitos dos transgêneros e de filhos de casais homossexuais gerados por reprodução assistida são alguns dos temas abordados nos enunciados.³⁵⁰

Dos 45 enunciados, 19 tratam de Saúde Pública, 17 referem-se à Saúde Suplementar e 9 são questões relacionadas ao Biodireito.³⁵¹

Em meio a avanços e desafios, o CNJ tem estimulado, discutido, desenvolvido e implementado diversas ações e estratégias que visam, em alguma medida, oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde.

Dentre os principais desafios e perspectivas atuais da atuação do Poder Judiciário em matéria de saúde, destaca-se os seguintes: Enfatizar a saúde como política de Estado; evitar a reprodução de uma visão medicalizada de saúde; não conceber o usuário como número; não ser refém do argumento econômico de

³⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fórum...*, p. 1.

³⁵⁰ Veja: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Jornada Aprova 45 Enunciados para Auxiliar em Decisões da Justiça na Área da Saúde*. 19 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28564-jornada-aprova-45-enunciados-para-auxiliar-em-decisoes-da-justica-na-area-da-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁵¹ Acesse a lista completa dos enunciados aprovados em: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

restrição; intensificar o espaço de diálogo institucional e fortalecer a participação social.³⁵²

Nesse contexto, Deborah Ciocci, conselheira do Conselho Nacional de Justiça, afirma que “o maior desafio posto hoje para o Judiciário na área da saúde é assegurar a aplicação prática do artigo 196 da Constituição Federal, que garante a todos o acesso universal e igualitário ao sistema de saúde, sem interferir na atividade que é própria do gestor público.” Ela explica que a compatibilização entre a grande demanda por saúde pública e a escassez de recursos orçamentários é papel do Executivo cabendo ao Judiciário apenas a correção de graves distorções. Porém, tem se tornado cada vez mais frequente, diante dos pedidos, a intervenção do Judiciário nessas questões. Portanto, ela conclui que o maior dilema para o Judiciário é saber os limites positivos e negativos do seu papel, para não ser ativista ou omissos aos que dele dependem.³⁵³

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, até 2011 haviam 240.980 demandas nos Tribunais federais e estaduais relacionadas à saúde. Já no ano de 2014, a quantidade de demandas aumentou para 330.630. Essas ações possuem um grande impacto financeiro, principalmente considerando a concessão de medicamentos de alto custo.³⁵⁴

Posto isso, conforme visto ao longo desse capítulo, uma solução encontrada para o não atendimento do direito à saúde, devido à omissão do Poder Executivo em realizar políticas públicas de saúde eficientes, foi a atuação do Poder Judiciário no sentido de implementar as previsões constitucionais. Contudo, ainda nessa possibilidade há problemas, pois a discussão a respeito do aumento do protagonismo judicial bem como do número de demandas sobre saúde é recente. Foi com Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 de 2010, julgada no Supremo Tribunal Federal, e a Recomendação n. 31 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça que se estabeleceram os primeiros parâmetros e diretrizes à atuação judicial em

³⁵² ASENSI, Felipe Dutra. Op. cit., p. 99.

³⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Evento Debaterá Limites do Papel do Judiciário na Garantia de Direito à Saúde*. 12 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28507:jornada-debatera-limites-do-papel-do-judiciario-na-garantia-de-direito-a-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Quantidade de Demandas nos Tribunais. Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais até 2011. Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais – Dados Enviados até Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 25 out. 2014.

saúde. E essa discussão continua sendo debatida por ambos os órgãos do Poder Judiciário a fim de se aprimorarem as decisões judiciais. A preocupação, como restou demonstrado, é assegurar a concretização do direito fundamental à saúde sem afrontar o princípio da tripartição de poderes, procurando mecanismos que superem o déficit democrático da atuação judicial.

Afinal, essa atitude proativa dos juízes (ativista) gera uma forte tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas que são compelidos a garantir o direito à saúde, geralmente, de forma diversa da estabelecida pela política do governo e, muitas vezes, além das possibilidades orçamentárias. Diante disso, pode-se vislumbrar que o ativismo judicial, principalmente na área de saúde, encontra uma limitação de ordem financeira. Esse é o principal problema abordado no presente estudo e ele será debatido no próximo capítulo.

3 ORÇAMENTO, RESERVA DO POSSÍVEL E OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O presente capítulo tem por objetivo analisar a relação entre orçamento, reserva do possível e decisões judiciais sobre a saúde. Primeiramente, o estudo refletirá sobre a questão financeira na implementação do referido direito abordando os custos dos direitos, a escassez de recursos e a aplicação da teoria reserva do possível. Esta última constitui-se como limite fático à intervenção judicial na promoção do direito à saúde. Esse limite implica na análise do comportamento do Poder Judiciário nas demandas que desafiem seu posicionamento acerca de alocação de recursos públicos. Trata-se da justiciabilidade das alocações orçamentárias. O ponto central está em saber se a proteção ao direito fundamental à saúde assegura ao Judiciário legitimidade para alterar alocações orçamentárias.

Ao final, o estudo vai discorrer sobre as tendências atuais (novos rumos) da intervenção judicial no direito fundamental à saúde, no Estado brasileiro. Essa reflexão será feita a partir de três aspectos relativos às decisões judiciais acerca da saúde, quais sejam: a) Ponderação, Argumentação e Racionalidade Jurídica; b) Requisito Consequencialista; c) Decisões Judiciais, Orçamento Público e Reserva do Possível.

3.1 CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Este tópico irá analisar de maneira detida a problemática dos recursos públicos, os custos dos direitos e a chamada reserva do possível.

Contudo, esses temas não podem ser estudados separadamente da teoria da análise econômica do direito, sob pena de se estar fazendo um juízo incompleto de suas vertentes. Sendo assim, será discorrido, brevemente, sobre essa teoria.

Para Angela CARLINI “a compreensão da reserva do possível depende, em alguma medida, da aproximação com a Economia, inclusive dos estudos de gastos públicos, de composição de orçamentos e de impacto das decisões judiciais em toda a cadeia de distribuição de rendas.”³⁵⁵

³⁵⁵ CARLINI. Angélica. Op. cit., p. 119.

No mesmo sentido, Fernando Borges MÂNICA afirma que “esse viés da teoria da reserva do possível deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, pois os recursos são escassos e existem ilimitadas necessidades.”³⁵⁶

A análise econômica do Direito vem sendo explorada por várias linhas de pesquisa e investigações no Ocidente, dentre elas destaca-se a norte-americana chamada de *Law and Economics*. Ela tem discutido as dimensões econômicas de vários problemas jurídicos, especialmente a partir do trabalho desenvolvido por Guido CALABRESI³⁵⁷, Ronald COASE³⁵⁸ e Richard POSNER³⁵⁹, a partir da década de 1970 até os dias atuais, com fortes ramificações na América Latina, inclusive no Brasil.³⁶⁰

Richard POSNER foi responsável por transformar a análise econômica do direito num dos debates mais controvertidos entre economistas e juristas. Ele parte da afirmação de que as regras jurídicas devem ser eficientes (maximização do bem estar social) e com base nesse valor devem ser interpretadas.³⁶¹

No Brasil, o tema passou a ser debatido de forma mais intensa, notadamente, a partir da obra de Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN, na qual os autores buscaram fazer uma análise econômica do custo dos direitos.³⁶²

Segundo Ramon Fagundes BOTELHO foi nesse contexto “[...] que houve uma ampliação da discussão a respeito do custo dos direitos e da reserva do possível trazendo à tona questões até então não exploradas, como a percepção de que não é possível analisar o direito de forma isolada, ainda mais quando se trata de direitos a serem custeados pelo Estado.”³⁶³

³⁵⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 182.

³⁵⁷ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: The Fels Lectures on Public Policy Analysis*. New York: Norton, 1978.

³⁵⁸ COASE, Ronald Henry. *Essay on Economics and Economists*. Chicago: University Chicago Press, 1984; COASE, Ronald Henry. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3 (1), 1, 1960.

³⁵⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998; POSNER, Richard. *How Judges Think*. Boston: Harvard University Press, 2001; POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Boston: Harvard University Press, 2004.

³⁶⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2010, p. 35.

³⁶¹ POSNER, Richard. *Economic...*, p. 23.

³⁶² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999, p. 43.

³⁶³ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A Tensão entre o “Mínimo Existencial” e a “Reserva do Possível” na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 118-119.

Luciano Benetti TIMM trata da aproximação entre Direito e Economia visto que não é um assunto pacífico entre os juristas:

Por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.³⁶⁴

Os principais problemas elencados pelos juristas frente à Economia são a rejeição da noção de justiça (objetivo fundamental do Direito) e o descomprometimento ético do individualismo metodológico econômico.³⁶⁵

Neste contexto, Luciano Benetti TIMM ressalta que “[...] se for considerado que a ineficiência provoca desperdício em uma sociedade, não seria justo que os recursos públicos fossem gastos sem maximizar o seu uso social.”³⁶⁶

Além disso, entende-se que “a economia comporta as dimensões da justiça e da ética tanto quanto o Direito, embora existam práticas econômicas de mercado que neguem por completo essas dimensões.”³⁶⁷

Os estudos da análise econômica do Direito podem consistir em um diálogo entre as ciências visando o aprofundamento de pesquisas e a descoberta de soluções sociais eficazes:

A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar trágicas, mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos Governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser melhor solução e, logo, a mais justa.³⁶⁸

Para Ramon Fagundes BOTELHO o maior préstimo da análise econômica do direito é o de “[...] que suas preocupações fazem com que o juiz deva ter

³⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53.

³⁶⁵ BOTELHO. Ramon Fagundes. Op. cit., p. 118.

³⁶⁶ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 53.

³⁶⁷ CARLINI. Angélica. Op. cit., p. 118.

³⁶⁸ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 54.

consciência do impacto econômico-social de suas decisões, para além do simples enquadramento normativo do caso *sub judice*.”³⁶⁹

Portanto, conclui-se que o preconceito com a análise econômica do direito deve ser superado. E “se outros campos interdisciplinares conquistaram espaço no Direito como a Sociologia, a Política e a Filosofia, o mesmo deve acontecer com a Economia.”³⁷⁰

Por fim, mister ressaltar que o assunto saúde e economia também é polêmico e provoca diversas reações entre o Poder Judiciário, advogados, médicos, gestores públicos e privados, pacientes, indústria de fármacos e de produtos de saúde, operadoras de saúde suplementar, políticos que se dedicam ao tema da saúde.³⁷¹

O Ministério da Saúde publicou o fascículo intitulado de “Avaliação Econômica em Saúde”, que introduziu uma reflexão a respeito da importância dos estudos de economia para a saúde, sobretudo em razão da necessidade de otimização dos recursos finitos e da racionalização da utilização para obtenção dos melhores resultados para toda a população. Esse estudo leciona que:

“À medida que a responsabilidade e demanda pelo sistema de saúde público têm aumentado e os recursos se tornado cada vez mais escassos, o sistema de saúde, assim como a prática da Medicina, têm sido forçados a reexaminar os benefícios e custos de suas ações para assegurar que haja uma implementação efetiva das intervenções e alocação eficiente de recursos. As análises econômicas são ferramentas básicas para atender a esse objetivo.”³⁷²

Feitos esses esclarecimentos iniciais, parte-se para a discussão principal desse tópico.

Primeiramente, interessa a diferenciação entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações (em sentido estrito), também denominados de direitos fundamentais sociais. É que estes, ao contrário daqueles, “dependem para sua efetivação uma atuação material direta do Estado, a qual

³⁶⁹ BOTELHO. Ramon Fagundes. Op. cit., p. 120.

³⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 54.

³⁷¹ CARLINI. Angélica. Op. cit., p. 36.

³⁷² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. Avaliação Econômica em Saúde: Desafios para Gestão no Sistema Único de Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 7. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/avaliacao_economia_desafios_gestao_sus.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2014.

requer investimento e previsão orçamentária.”³⁷³

Nesta distinção, a doutrina tradicionalmente não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos direitos negativos. Ingo Wolfgang SARLET explica que “os direitos de defesa, por serem, precipuamente, dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos da dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem pode ser assegurado (como direito subjetivo exigível em Juízo) independentemente das circunstâncias econômicas.”³⁷⁴

Contudo, os custos econômicos não se limitam apenas aos direitos de caráter prestacional, mas a todos os direitos fundamentais. Tal posicionamento foi sustentado por Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN.³⁷⁵

Acerca do suporte financeiro dos direitos negativos, José Casalta NABAIS leciona que: “[...] os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.”³⁷⁶

No dizer de Gustavo AMARAL “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização estatal jusfundamental.”³⁷⁷

Portanto, fica claro que até mesmo os direitos de defesa geram um custo ao Estado. Mas importa, na presente pesquisa, verticalizar o estudo reconhecendo-se que a implementação das políticas públicas de direitos fundamentais, notadamente daqueles que possuem um caráter prestacional, incluindo o direito à saúde, geram ônus financeiro ao Estado.

Destaca-se que “embora a dimensão economicamente relevante seja comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões, acaba assumindo

³⁷³ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria...*, p. 175.

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

³⁷⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *Op. cit.*, p. 43.

³⁷⁶ NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

³⁷⁷ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73.

particular relevância à efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações.”³⁷⁸

Virgílio Afonso da SILVA destaca que além de se pressupor recursos financeiros disponíveis, há um custo específico para cada um dos direitos sociais. Assim, “cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros”.³⁷⁹

Logo, a construção e manutenção de hospitais, contratação de médicos, compra de materiais hospitalares só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde.

Outrossim, o custo dos direitos sociais também varia conforme a necessidade de cada indivíduo. Nestes termos, o serviço de saúde tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto: “Nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados. E isto porque ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo (etnia, gênero, geográficos).”³⁸⁰

Na saúde, diferentemente do que ocorre em outros setores, o avanço tecnológico não implica redução de custos. Nesse sentido, Ronald DWORKIN diz que “a alta dos preços na medicina não decorre do encarecimento da medicina tradicional, senão do surgimento de novos tratamento médicos.”³⁸¹

Ocorre que os recursos são escassos, não há o suficiente para satisfazer a todos, e as necessidades finitas. E como o “dinheiro não nasce em árvores,”³⁸² há de se alocar os recursos com atenção ao custo dos direitos, às prioridades constitucionais e à aplicação de políticas públicas idealizadas como as mais adequadas à realidade. Logo, “o cobertor é curto, e os direitos não podem ser protegidos sem consideração dos seus custos.”³⁸³

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 27.

³⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos...*, p. 241.

³⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “Reserva do Possível”*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 158.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana e a Teoria e a Prática da Igualdade*. SIMÕES, Jussara (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 433.

³⁸² GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁸³ LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 137.

Ademais, o sistema financeiro é um “sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como descobrir um santo para cobrir outro”.³⁸⁴

No mesmo sentido Luis Roberto BARROSO leciona que “se tratam de escolhas difíceis, pois investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.”³⁸⁵

A ideia de escassez traz consigo o conceito, utilizado pelos economistas, chamado de *trade-off*.³⁸⁶ A alocação de recursos envolve a escolha do que atender e do que não atender. Assim, “preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis.”³⁸⁷

Gustavo AMARAL afirma que a alocação de recursos, no caso do direito à saúde, “é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar.” E com essa escolha sempre haverão as vítimas.³⁸⁸ Tratam-se de escolhas trágicas, isto é, *tragic choices* da obra de Guido CALABRESI e Philip. BOBBIT.³⁸⁹

Com efeito, uma escolha trágica diz respeito a como gastar os insuficientes recursos:

Por exemplo, a Secretaria Estadual de Saúde de um dado Estado deveriam alocar os recursos na campanha contra cigarro ou para construir hospitais? Ou não seria mais recomendável pagar melhor os médicos ou então contratar novos servidores? Ou quem sabe não deveria ser investido em prevenção de acidentes de trânsito, dado o custo social dos acidentes? A solução desse problema não se dá pelo melhor argumento (retoricamente falando). Somente uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, pode indicar o melhor caminho, aceitando-se a triste premissa de que nem tudo estará protegido.³⁹⁰

³⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 153.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014, p. 24.

³⁸⁶ Esse termo pode ser caracterizado como a incompatibilidade entre dois ou mais critérios, ou seja, as situações em que a melhoria de um critério poderá implicar impacto negativo em outro. FENSTERSEIFER, Jaime Evaldo; PAIVA, Ely Laureano; CARVALHO JUNIOR, José Mario de. *Estratégia de Produção e de Operações*. Porto Alegre: Bookman, 2004, p. 55.

³⁸⁷ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há Direitos acima dos Orçamentos?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 92.

³⁸⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito...*, p. 181.

³⁸⁹ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. Op. cit., p. 18.

³⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 60-61.

Conforme Luciano Benetti TIMM, “a solução deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa, mas também com o resultado (atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais, maior utilidade social).”³⁹¹

Um exemplo atual destas escolhas está no fato do Brasil ter sediado a Copa do Mundo de 2014: “Ora, se é certo que o direito ao lazer e diversão auxiliam na concreção das condições de uma vida com qualidade, mais certo é que, numa realidade de carências, deve-se prioritariamente garantir aqueles direitos necessários à manutenção da própria vida”.³⁹² Diante disso, não é possível desconsiderar os custos que este evento representou para o país.

Logo, face a uma comprovada escassez de recursos, “o Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais.”³⁹³

Portanto, devido a constatação de que os direitos têm custos, os recursos são escassos e a impossibilidade de efetivar todos os direitos fundamentais sociais de forma simultânea, a doutrina passou a defender a teoria da reserva do possível.

Na economia, há uma relevante expressão denominada de “limite do orçamento”. Seu significado é análogo ao da reserva do possível, qual seja: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral.”³⁹⁴

A reserva do possível “[...] decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas possibilidades econômicas.”³⁹⁵

³⁹¹ Idem.

³⁹² SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 32

³⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

³⁹⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças...*, p. 151.

³⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na Implementação dos Direitos Sociais*. In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). *Direito*

Ingo Wolfgang SARLET sustenta que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva existência de recursos (possibilidade material de disposição); b) a disponibilidade jurídica dos recursos; c) a razoabilidade daquilo que está sendo pedido. Logo, “não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.”³⁹⁶

Não se deve confundir a reserva do possível de caráter econômico, próxima do conceito de escassez, com a impossibilidade técnica. Haverá esta última quando, por exemplo, “um medicamento ainda estiver sendo produzido em caráter experimental. Haverá escassez quando a produção atinge o nível industrial, mas ainda é insuficiente para atender a todos os consumidores.”³⁹⁷

Afirma-se que “há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado, ou seja, da cobertura financeira e orçamentária.”³⁹⁸

Para Jorge Reis NOVAIS “a reserva do possível implica em um limite fático ao Estado à prestação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, não pode ser buscado aquilo que não existe.”³⁹⁹

Posto isso, a doutrina constitucionalista, geralmente, aponta como origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, inclusive o célebre caso *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, 1973). Seu entendimento foi reiterado na decisão sobre as universidades (BVerfGE 35, 79, 1973) e reafirmado no julgamento *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291, 1977).

Em síntese, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera que estabeleciam o *numerus clausus*, bem como afirmou a inexistência de um direito subjetivo individual à vaga no curso e na universidade de livre escolha do candidato.

Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 574.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 287.

³⁹⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 575.

³⁹⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), jul./dez. 2008, p. 540.

³⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*, p. 89-92.

Assim, a decisão fixou entendimento no sentido de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar.⁴⁰⁰

No ano de 1973, outra decisão do referido Tribunal versou sobre a reserva do possível e fez remissão expressa ao precedente BVerfGE 33, 303, 1973. Trata-se da decisão das universidades (*Hochschul-Urteil*), na qual o Tribunal Constitucional Federal alemão condicionou direitos de participação apelando à racionalidade, à razoabilidade e a proporcionalidade das expectativas individuais em relação à sociedade e afastando interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais.⁴⁰¹

Alguns anos depois, o Tribunal Constitucional Federal alemão reiterou o entendimento do caso *numerus clausus I*, ou seja, da reserva do possível em uma terceira decisão. Assim, tal entendimento foi constituído jurisprudência naquela corte.

O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pela doutrina e jurisprudência de vários países, inclusive as do Brasil.⁴⁰²

Contudo, o tema evolui para determinar que a reserva do possível seja entendida como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários.

Dessa forma, “a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa são consideradas como limites à efetivação de direitos fundamentais sociais.”⁴⁰³

Todavia, “não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações, pois este dever compete ao legislador, que ajusta o

⁴⁰⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. v. 1 (reserva do possível). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 140.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁰² “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; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 233/PE. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 14 abr. 2008. Divulgado no DJE em: 9 abr. 2014.

⁴⁰³ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria...*, p. 181-182.

orçamento pretendido pelo Estado, pela previsão e planejamento dos custos das prestações, que deve dispor à população, para o cumprimento dos direitos fundamentais.”⁴⁰⁴

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais sociais, inclusive do direito à saúde, depende da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador.

Essa compreensão “se afasta do modelo originário, especialmente, em se considerando, comparativamente, os contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem do modelo com aquelas variadas correlatas dos países de destino.”⁴⁰⁵

Assim, a referida teoria “passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos.”⁴⁰⁶

Há um termo generalizado da população e dos juristas no sentido de que “a alegação do Estado sobre reserva do possível seja, na verdade, justificativa para a má administração dos recursos, muitos deles utilizados de forma absolutamente indevida e ilegal, para favorecer interesses escusos de administradores públicos e seus aliados políticos.”⁴⁰⁷

Fernando Facury SCAFF afirma que a jurisprudência hostiliza a referida expressão de maneira praticamente unânime. Assim, “ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a reserva do possível uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.”⁴⁰⁸

Nesse contexto, Octavio Campos FISCHER destaca que um problema de fundo é a ausência de vontade política na realização dos valores constitucionais. E ele leciona que “reiteradas vezes o Poder Público, diante das dificuldades teóricas para sustentar a validade de leis contrapostas à Constituição, tem levado a bandeira dos prejuízos financeiros que as decisões judiciais podem causar aos cofres

⁴⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*, p. 91.

⁴⁰⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 148.

⁴⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 375.

⁴⁰⁷ CARLINI, Angélica. Op. cit., p. 122.

⁴⁰⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 574.

públicos. Aliás, é comum ouvirmos argumentos de que, se determinada decisão for levada a efeito, haverá um prejuízo fiscal de milhões de reais.”⁴⁰⁹

Angélica CARLINI também trata de aspectos ligados ao argumento da reserva do possível e a escassez de recursos:

No Brasil, o acúmulo de denúncias de corrupção, de malversação do dinheiro público e também do mero desperdício e da falta de planejamento na gestão do interesse público, constrói o senso comum de que existem recursos para todas as necessidades sociais e, se eles não aparecem para supri-las é porque foram roubados ou desviados. A mídia contribui em boa parte para corroborar esse ideário de que existem recursos públicos infinitos e que os gastos são sempre realizados de forma propositadamente errada ou que os recursos são desviados antes mesmo de sua utilização.

Na verdade, tudo isso ocorre: corrupção, má utilização dos recursos, perdas consideráveis por total falta de planejamento. Em se tratando de saúde pública, é possível afirmar que os recursos jamais serão suficientes para suprir todas as necessidades dos duzentos milhões de cidadãos brasileiros. É preciso administrar os recursos com planejamento técnico e estratégico de modo a atender a maior quantidade possível de necessidades.⁴¹⁰

Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.⁴¹¹

Acerca desse tema, destaca-se o posicionamento do Ministro Celso de MELLO na ADPF n. 45:

[...] 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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

⁴⁰⁹ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29-30.

⁴¹⁰ CARLINI. Angélica. Op. cit., p. 123.

⁴¹¹ “[...] o Poder Público não pode invocar a cláusula da reserva do possível, para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar, concretamente, a impossibilidade de fazê-lo.” Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5005032-45.2012.404.7205. Quarta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Julgado em: 13 ago. 2012. Publicado em: 14 ago. 2012 no D.E. “O orçamento e a reserva do possível, quando alegados genericamente, não importam em vedação à intervenção do Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5005575-63.2012.404.7006. Terceira Turma. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Julgado em: 18 set. 2013. Publicado no DJE em: 19 set. 2013.

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 fundamentalidade.⁴¹²

Dessa forma, “o argumento baseado na teoria da reserva do possível poderá ser acatado com razoabilidade naquelas situações de fato em que a Administração comprove estar, em um dado momento e de forma excepcional e inquestionável, enfrentando uma tal escassez de recursos que a impeça de efetivar determinadas prestações e, em consequência, certos direitos sociais.”⁴¹³

No mesmo sentido, Ana Lúcia Pretto PEREIRA defende que a teoria da reserva do possível “[...] somente poderá ser alegada na relação Estado-cidadão, e quando comprovadamente os recursos escassos já tiverem atendido à prévia destinação legal para a satisfação das necessidades em questão. Desse modo, o argumento apenas servirá para reafirmar a progressividade da satisfação daquelas necessidades, e não a exclusão da responsabilidade estatal.”⁴¹⁴

Nesse caso, é necessário que sejam expostos os fundamentos que justificam o emprego da referida teoria como: “a excepcional indisponibilidade de recursos, mediante as razões que conduziram a essa situação financeiramente desfavorável; e as atividades às quais a destinação dos recursos existentes se mostrou prioritária.”⁴¹⁵

A realização dos fundamentais depende do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, deste não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Constituição Federal.⁴¹⁶

Em vista do exposto, dada a relevância econômica do direito fundamental à saúde (custos dos direitos e escassez de recursos), entende-se que ele implica na tomada de decisão a respeito da destinação dos recursos públicos.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 29 abr. 2004. Publicado no DJ em: 4 maio 2004.

⁴¹³ RIBEIRO, Manuella Lemos. *A Teoria da Reserva do Possível: Origens e Outras Questões Relevantes*. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord.). *Direito Público*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 417.

⁴¹⁴ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira*. 287 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 264.

⁴¹⁵ RIBEIRO, Manuella Lemos. Op. cit., p. 417.

⁴¹⁶ BOTELHO. Ramon Fagundes. Op. cit., p. 115.

Os conceitos de reserva do possível e escolhas trágicas são parâmetros a serem utilizados na busca do equilíbrio entre orçamento e saúde pública. Contudo, a teoria da reserva do possível não deve ser utilizada em larga escala, diante das omissões do Poder Público, sendo necessária a comprovação da ausência de recursos.

Diante disso, pode-se dizer que o ativismo judicial em relação ao direito à saúde enfrenta problemas de ordem financeira sendo a teoria da reserva do possível um limite fático, pois não pode ser buscado aquilo que não existe. Esse limite implica na análise da justiciabilidade das alocações orçamentárias, ou seja, na discussão acerca da legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Questiona-se se é admissível o Poder Judiciário impor tarefas de ordem econômica aos demais Poderes. Esse tema será analisado no próximo tópico.

3.2 JUSTICIABILIDADE DAS ALOCAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Se os direitos possuem custos e os recursos são escassos, surge a necessidade de tributação como fonte de financiamento dos direitos fundamentais.

Fernando Facury SCAFF leciona que “a receita pública advém em sua maior parte das receitas tributárias e que esta arrecadação no Brasil atual atinge quase 34% do PIB.” Assim sendo, “os olhos da sociedade devem se voltar mais do que nunca para o gasto público, para as escolhas que devem ser democraticamente feitas no Congresso em prol da sociedade e que, em tese, são feitas pela própria sociedade.”⁴¹⁷

Contudo, essa ideia já está consagrada nas doutrinas nacional e estrangeira tornando-se cada vez mais relevante verificar não somente a arrecadação, mas também para onde irão estes recursos. Logo, “não adianta somente aumentar a carga fiscal sem a consequente coerência estatal sobre quais direitos e em que extensão estes serão financiados.”⁴¹⁸

Segundo Octávio Campos FISCHER: “[...] sentimos a ausência de uma teoria que leve a sério o orçamento. Preocupamo-nos em desenvolver teorias que

⁴¹⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 570.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 186.

evitem uma tributação arbitrária, mas deixamos de lado o fortalecimento do papel que o orçamento tem na realização de direitos fundamentais.”⁴¹⁹

Outrossim, busca-se o resgate da valorização dos atos Legislativos, tendo como foco o orçamento público, insistentemente relegado ao desprezo da análise jurídica. Há uma preocupação muito maior da doutrina em tratar da criação e instituição de tributos, ao invés do seu controle e destinação, objeto do Direito Financeiro. Assim, é próprio da cultura brasileira desconsiderar a importância do orçamento e evitar a discussão sobre ele. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, começam a surgir estudos que buscam refletir sobre a destinação dos tributos. Assim, mister a realização dos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, no qual destaca-se o inciso I: construir uma sociedade livre, justa e solidária.⁴²⁰

Por isso, discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige a alocação de recursos públicos, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo.

Assim, ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de uma omissão, o Poder Judiciário, depara-se com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar. E que se traduz no problema: “Será que o Poder Judiciário pode impor tarefas aos demais Poderes e, em caso de resposta afirmativa, pode impor tarefas que venham a comprometê-lo economicamente? De modo mais abrangente, é admissível uma decisão judicial que possa trazer dificuldades para a sua própria concretização por motivos de ordem econômica?”⁴²¹

Ricardo Lobo TORRES destaca que “os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial como orçamento público, pois dependem, para a sua integralidade e defesa, do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade.”⁴²²

Dessa forma, a título exemplificativo, “se o Poder Judiciário determina que certo tratamento médico deva ser realizado, porque não adequadamente oferecido

⁴¹⁹ FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 283.

⁴²⁰ FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 283.

⁴²¹ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos...*, p. 24-28.

⁴²² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5 (o orçamento na Constituição). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

pelo SUS, inevitavelmente, apenas com alterações do orçamento é que tal decisão poderia ser satisfeita.”⁴²³

Tratam-se de sentenças aditivas. Estas decisões, no dizer de Fernando Facury SCAFF, são aquelas que implicam “aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado”.⁴²⁴

Assim ocorre com a sentença que determina a implementação de direitos sociais reconhecidos por leis e que não foram executados e daqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição.⁴²⁵

É mister ressaltar que quando a Constituição trata do princípio da legalidade da despesa (arts. 86, 166, 167 e 169), ela está regulamentando as situações provocadas por iniciativa da Administração Pública. Logo, “veda-se que esta realize despesas ou assumas obrigações que excedam o orçamento (art. 167, II), mas não há incidência de uma tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre de uma decisão judicial.”⁴²⁶

Dessa forma, pode-se dizer que as decisões judiciais são influenciadas pelo limite fático da reserva do possível (e não pelo princípio da legalidade da despesa), no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais.

Ademais, a intervenção judicial no orçamento público “[...] tem se verificado através da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros.”⁴²⁷

Com efeito, existem precedentes judiciais que determinam que diante da ausência de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”.⁴²⁸

⁴²³ LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 176.

⁴²⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças...* p. 134.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 134-135.

⁴²⁶ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos...*, p. 25.

⁴²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 109.

⁴²⁸ A Defensoria Pública da União e o Ministério Público Federal ingressaram com ação civil pública em face do Estado de Santa Catarina e da União, através da qual pretendem obter provimento jurisdicional que imponha aos réus a adoção de providências imediatas visando a realização de cirurgias ortopédicas de todos os pacientes atendidos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Eles informaram que o orçamento da Secretaria de Comunicação do Estado de Santa Catarina é da ordem de R\$ 83.466.819,00, com os quais poderiam ser reduzidas as deficiências na área da saúde, notadamente com realização de cirurgias ortopédicas. A sentença determinou o arresto de 30% do valor das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina, cerca de R\$ 25 milhões, para fazer frente às despesas advindas com a adoção das medidas necessárias à

Esse caminho “expressa uma reação do Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência do orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais.”⁴²⁹

Destacando a importância da suscitada tentativa de realocação dos recursos escassos, Dirley da CUNHA JÚNIOR:

Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex - Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.⁴³⁰

Vanice Regina Lírio do VALLE adverte que “a distribuição na Lei de Meios dos recursos não se dá a partir desse tipo de qualitativo genérico, no qual a ordem judicial, por sua inespecificidade, pode recair no vazio, revelando-se inapta a determinar os efeitos perseguidos.” Dessa forma, existe o risco de que essa seja apenas “[...] uma determinação de cunho simbólico, que pacifique os espíritos, sem que assim se assegure a atuação pública a um quadro normativo bem concebido.”⁴³¹

Apesar do caráter inovador desse manejo jurisdicional do orçamento, a referida doutrinadora entende que os esforços que visam a construção de um caminho ao adequado exercício do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase incipiente. Por isso, ela afirma a necessidade de exploração de outras alternativas de enfrentamento da questão.⁴³²

Alceu MAURÍCIO JUNIOR defende que a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos deve ser feita através do próprio orçamento:

regularização da fila de cirurgias ortopédicas em âmbito estadual, devendo tal valor ser contingenciado compulsoriamente no orçamento, até que seja extinta a fila das cirurgias ortopédicas. BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública n. 5021354-24.2013.404.7200/SC. Terceira Vara Federal de Florianópolis. Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira. Julgado em: 16 dez. 2014.

⁴²⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108.

⁴³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 287.

⁴³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108-109.

⁴³² *Ibidem*, p. 113-117.

Havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido.⁴³³

Outrossim, a referida intervenção judicial leva em conta a reserva do possível, pois “permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas.”⁴³⁴

Ademais, a intervenção via orçamento minimiza os aspectos normalmente apontados como negativos em relação ao controle judicial:

Em relação ao princípio da separação de poderes, compatibiliza-se a competência judicial com a dos outros órgãos da soberania, atuando o Judiciário apenas residualmente. Também se apresenta razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial através do orçamento prestigia o princípio democrático.⁴³⁵

Com efeito, a Constituição Federal, no art. 100,⁴³⁶ prevê uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos. Sempre que a Fazenda Pública é condenada a um pagamento, esta prestação é saldada através do orçamento, no sistema constitucional de precatórios. Assim sendo, “o raciocínio através do sistema de precatórios revela que existe hipótese explícita de intervenção judicial – ou de criação de vinculações judiciais – no orçamento, e que pode ser estendida a outras violações de direitos fundamentais, bem como permite visualizar certas limitações a essa prática.”⁴³⁷

⁴³³ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007, p.22. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 23-25.

⁴³⁶ “Art. 100: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

⁴³⁷ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão...*, p. 22.

Além disso, a revisão das escolhas orçamentárias através do próprio orçamento é um procedimento conhecido pelos tribunais brasileiros.⁴³⁸

Por outro lado, o Poder Executivo insiste no argumento de que ele é o órgão apropriado para eleger as escolhas alocatícias, em observação aos parâmetros constitucionais, “de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político.”⁴³⁹

No mesmo sentido, Ricardo Lobo TORRES aduz que, “caso não exista dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos Poderes Públicos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas determina aos demais Poderes a prática dos atos orçamentários.”⁴⁴⁰

Harrison Ferreira LEITE explica que “o orçamento é lei e como tal deve ser cumprido nos moldes aprovados pelo Legislativo. Logo, permitir a sua alteração por individuais decisões judiciais significa alterar a própria lei e o Judiciário não altera lei.”⁴⁴¹

Segundo António José Avelãs NUNES, o Poder Judiciário não pode exercer funções e tomar decisões que não estão previstas nas suas competências constitucionais. Ele leciona que “o orçamento é aprovado por uma lei do orçamento do Poder Legislativo e por isso carece de legitimidade o ato de um juiz, que se proponha a alterar essa lei modificando a afetação das receitas constante da lei do orçamento, ou que cometa ao Executivo, o dever de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz.”⁴⁴²

⁴³⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 493.811/SP. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 11 nov. 2003. Publicado no DJ em: 15 mar. 2004.

⁴³⁹ LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 141-142.

⁴⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 409.

⁴⁴¹ LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 177.

⁴⁴² NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 36.

Vanice Regina Lírio do VALLE defende que a intervenção orçamentária não seja o caminho mais apto para a indicação da solução do problema de ausência ou insuficiência de políticas públicas.⁴⁴³

Ademais, Fernando Borges MÂNICA afirma que “o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional.”⁴⁴⁴

É através do orçamento que são estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que é possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. Dessa maneira, “de nada adianta tratar de direitos, inclusive os direitos sociais, se não for analisado quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização. A proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação.”⁴⁴⁵

Segundo Celso Ribeiro BASTOS, o orçamento público é um instrumento político, “pois é por seu intermédio que o ente estatal estabelece as metas a serem alcançadas pela sociedade. É um instrumento de moralização e de controle funcionando como um elemento de racionalização dos gastos públicos.”⁴⁴⁶

O processo de elaboração desse orçamento obedece a um ciclo integrado ao planejamento de ações, ou seja, o sistema constitucional de finanças públicas (arts. 163 a 169 da Constituição) formado por três leis: Lei do Plano Plurianual - PPA (art. 165, § 4º), a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO (art. 166, § 4º) e a Lei Orçamentária Anual - LOA. Todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA.

A Lei Orçamentária Anual se traduz no orçamento público. Neste documento está a base das receitas previstas, através de metodologias e de memórias de cálculos, bem como toda a despesa fixada. Essa lei constitui-se como um “documento democrático, pois elaborado pelo Poder Executivo (projeto de lei) e

⁴⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 113.

⁴⁴⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria...*, p. 3.

⁴⁴⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 572-573.

⁴⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 144.

apreciado pelo Poder Legislativo, e, se aprovado, transforma-se em lei.”⁴⁴⁷

Fora do sistema constitucional de finanças públicas, tem-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, que por meio das leis orçamentárias exige do Poder Público o equilíbrio das contas públicas. Ela tem como objetivo o controle dos gastos públicos e a melhor gestão da receita pública.⁴⁴⁸

Destaca-se que “os projetos do Estado não são de curto prazo, executados individualmente quando surge a demanda, mas planos que são levados a efeitos por etapas, e que podem ser obstados com eventual decisão judicial. Daí a imposição constitucional do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Há uma lógica programática em tudo isso.”⁴⁴⁹

Diante disso, há quem defenda que “o Poder Judiciário não pode arvorar em gerente do orçamento público e, diante da apresentação do caso concreto, para análise judicial não pode o juiz discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas.”⁴⁵⁰

Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico (déficit de *expertise*) necessário para instituir políticas públicas: “O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”⁴⁵¹

Fernando Facury SCAFF corrobora esse entendimento e explica que “o Poder Judiciário, como regra geral, pratica justiça comutativa e não distributiva, no sentido de que faz microjustiça, e não macrojustiça, esta a cargo dos demais poderes.”⁴⁵²

Afirma-se que nas hipóteses em que as sentenças aditivas geram aumento dos encargos estatais, há colisão com as disposições previstas na Constituição. E

⁴⁴⁷ AGUILAR, Adélia Martins de. *Orçamento Participativo*. In: CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cyntia Rúbia Braga; AMABILO, Antônio Eduardo de Noronha (coords.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: Ed/UEMG, 2012, p. 362-363.

⁴⁴⁸ JUNG, Thais Michelle Wikler. *Reserva do Possível: Entre a Concretização de Direitos Sociais Prestacionais e o Sistema Orçamentário Constitucional*. 155 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2013, p. 84.

⁴⁴⁹ LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 183.

⁴⁵⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 172.

⁴⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta...*, p. 27.

⁴⁵² SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 578.

isto provoca um agravamento que não era previsível nas despesas públicas modificando as determinações orçamentárias.⁴⁵³

Segundo Fernando Facury SCAFF o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, senão o de dirimir conflitos nos termos da lei. Esse Poder “não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo é a Reserva do Possível (limite do orçamento).”⁴⁵⁴

Assim sendo, a interferência do Poder Judiciário no orçamento público - cujo tratamento é feito por atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo mediante proposta do Poder Executivo - por meio de sentenças aditivas, ou seja, pela determinação ao Poder Público de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros, viola o modelo clássico de tripartição dos poderes,⁴⁵⁵ segundo o qual “o legislador elabora a lei, o administrador executa e o Judiciário fiscaliza”.⁴⁵⁶

Contudo, conforme já explicitado no capítulo 2.2, há a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes visando garantir a proteção dos direitos fundamentais contra a omissão e arbítrio estatal, nos limites do ativismo judicial, como delineado nos tópicos anteriores.

Por isso, a quem afirme que o Judiciário não age de forma ilegítima quando protege a realização do direito fundamental à saúde, ainda quando a sua decisão venha a interferir no processo de alocação dos recursos públicos.⁴⁵⁷

Outro importante dilema na judicialização do orçamento, reside no fato de que a ordem judicial é direta ao administrador público. Ele “se vê diante de uma dupla pressão, de um lado, o perigo de prisão por descumprimento da ordem judicial

⁴⁵³ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 173.

⁴⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças...*, p. 152.

⁴⁵⁵ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. *A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Empírica*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 393.

⁴⁵⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *A Criação Jurisprudencial do Direito e a Questão da Legitimidade Democrática: O Juiz entre a Legalidade e a Constitucionalidade*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (coords.). *Entre Brasil e Polônia: Um Debate sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 23.

⁴⁵⁷ MENDONÇA, Eduardo. *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.

(art. 330 do Código Penal)⁴⁵⁸ e, de outro lado, as consequências políticas e criminais pelo descumprimento do orçamento previsto na Lei de Improbidade Administrativa⁴⁵⁹ - Lei n. 8426/92.”⁴⁶⁰

Enfim, ainda não se chegou a uma solução nos casos em que a efetivação de um direito fundamental, como a saúde, enseja alteração nas alocações orçamentárias. O Poder Judiciário, numa postura ativista, tem avocado para si esse importante papel. Por outro lado, o Poder Executivo tem insistido no argumento de que ele é o órgão apropriado para eleger as escolhas alocatícias (princípio da separação dos poderes e a questão da legitimidade democrática) e, em observação aos parâmetros traçados na Constituição, de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político. Essa é a problemática de fundo do tema da presente pesquisa, tema que deve ainda ser delimitado a partir de uma perspectiva crítica e sempre vinculada aos cânones do Estado Democrático de Direito, conforme será abaixo tratado.

⁴⁵⁸ "Art. 330: Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa."

⁴⁵⁹ "Art. 12: Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (enriquecimento ilícito);

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (prejuízo ao Erário);

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública)."

⁴⁶⁰ NETO SIQUEIRA, José Francisco. Op. cit., p. 208-209.

3.3 OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Face à discussão da existência de um limite fático ao ativismo judicial, a reserva do possível, bem como da possibilidade de interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, agora se analisa como ficam as novas tendências do ativismo na promoção do direito fundamental à saúde. Essa reflexão será feita a partir de três aspectos relativos as decisões judiciais acerca da saúde.

Primeiramente, discute-se a questão da subjetividade atribuída aos juízes, devido à técnica de decisão jurídica da ponderação. Por isso, é analisada a racionalidade jurídica das decisões judiciais, inclusive sobre o aspecto do decisionismo judicial. Trata-se de discutir se o magistrado deve decidir de forma fundamentada no Direito ou escolher com base nas suas pré-compreensões. No caso do direito à saúde, discute-se se o Juiz deve ou não decidir, moralmente, se concede um determinado medicamento ou qualquer outra prestação do serviço público correspondente.

Em seguida, o estudo analisa se o juiz deve se preocupar com os efeitos de suas decisões. No contexto da promoção do direito à saúde, questiona-se se magistrado deve considerar a posição do Estado, o orçamento e suas políticas públicas.

Com efeito, as decisões judiciais não consideram a reserva do possível como limite a sua atuação na promoção do direito fundamental à saúde. Ela é considerada um interesse secundário do Estado, principalmente, quando se está em jogo a vida e a saúde humanas. Contudo, face aos apelos da doutrina, inclusive dos defensores da análise econômica do direito, há uma mudança. Alguns magistrados passam a considerar os aspectos financeiros em suas decisões, ainda que de maneira muito tímida.

E, por fim, serão debatidos os impactos e as consequências da crescente intervenção judicial nos domínios econômicos do Brasil. Trata-se de mostrar qual é o recente entendimento do Poder Judiciário para a relação direito à saúde e reserva do possível. Esta é a análise que será feita no presente tópico.

3.3.1 Ponderação, Argumentação e Racionalidade Jurídica

A ponderação de bens, aliada ao princípio da proporcionalidade, constitui-se como critério necessário a oferecer a solução adequada às colisões de direitos fundamentais (normas revestidas de princípios)⁴⁶¹ ocasionados no caso concreto.⁴⁶²

Conforme Clèmerson Merlin CLÈVE, “a ponderação compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos.”⁴⁶³

Ana Paula de BARCELLOS define a ponderação como “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”⁴⁶⁴

Para Luís Roberto BARROSO a ponderação consiste em uma “[...] técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais à subsunção se mostrou insuficiente, pois existem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.”⁴⁶⁵

Esses conflitos que não podem ser solucionados pelas tradicionais formas hermenêuticas são os casos difíceis (*hard cases*) assim denominados porque comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Dessa maneira, “diferentemente dos casos fáceis, para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo, os casos difíceis exigem a construção de sua resolução, mediante uma argumentação elaborada, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados pela norma e de elementos externos ao Direito.” Assim, justifica-se o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese.⁴⁶⁶

Ronald DWORKIN entende que os casos difíceis devem ter argumentos gerados por princípios, não havendo uma criação discricionária do direito pelo juiz. Logo, “quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar o direito. E nessa tarefa são inseridos argumentos de

⁴⁶¹ Vide em especial: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* p. 85-99 e 575.

⁴⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 27-28.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 361.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 335-338.

princípio, os quais sendo detentores de uma dimensão de peso, necessitam ser sopesados.”⁴⁶⁷

Segue, “a ponderação de normas, bens e valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas procurando preservar ao máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que prevalecerá no caso concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.”⁴⁶⁸

Para José Carlos Vieira de ANDRADE “a solução terá que respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando soluções no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema.”⁴⁶⁹

De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, que visam assegurar a legitimidade e a racionalidade da interpretação:

a) Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando o conflito entre elas (identificação das normas pertinentes); b) Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos (seleção dos fatos relevantes); c) A terceira etapa é dedicada a decisão e nela os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Ainda, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada (atribuição geral de pesos com a produção de uma conclusão). Todo esse processo intelectual tem como parâmetro o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.⁴⁷⁰

É na terceira etapa que a ponderação singulariza-se da subsunção. Destaca-se que “os princípios, por sua estrutura e natureza, podem ser aplicados com diferentes intensidades à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. [...] Esse processo envolve avaliações de caráter subjetivo que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete.”⁴⁷¹

Ana Paula de BARCELLOS também trata do modelo de ordenação técnica da ponderação (requisitos da universalidade, coerência e consistência e

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos...*, p. 127 e 135.

⁴⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 338.

⁴⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 321-324.

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 361-363.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 362-363.

consequencialista) com o intuito de identificar com maior clareza as etapas que o intérprete deve percorrer ao empregá-la.⁴⁷²

Ademais, Robert ALEXY identifica nas decisões do Tribunal Constitucional alemão a existência de argumentos relacionados especificamente ao sopesamento, de forma que é possível construir a seguinte regra: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de não afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”⁴⁷³

Essa lei tem o objetivo de definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, têm maior ou menor peso no caso concreto. Para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma carga de argumentação por isso pode-se afirmar que a teoria alexyana é uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas.

Há quem vislumbre a ponderação como um princípio autônomo. Ricardo Lobo TORRES sustenta que “a ponderação deixou de ser apenas um método de aplicação do direito para tornar-se um verdadeiro princípio jurídico, que proclama um estado de coisas a ser atingido: o estado de coisas resultado da ponderação.”⁴⁷⁴

Além disso, existe conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Tal situação significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios. Essa máxima permite que princípios colidentes possam ser harmonizados. Todavia, “o pressuposto para que se fale nela seria a equivalência conceitual entre princípio e valores.”⁴⁷⁵

Virgílio Afonso da SILVA entende que “a regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas

⁴⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, p. 91-92.

⁴⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 167.

⁴⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (coord.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 426. Veja também: TORRES, Ricardo Lobo. *Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação*. In: ZILLES, Urbano (coord.) *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 643-651.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 117; MORAES, Fausto Santos de. *A Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito o (Des)velamento da Discricionariedade Judicial a partir da Perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 218 f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Leopoldo, 2010, p. 50.

decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos.”⁴⁷⁶

Conforme Wilson Antônio STEINMERTZ, o exame de proporcionalidade é um limite a intervenções nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas. Ele propõe o procedimento de aplicação da proporcionalidade da seguinte maneira: “Em primeiro lugar, analisa-se se há uma colisão de direitos fundamentais; posteriormente, descreve-se o conflito, identificando os pontos relevantes do caso; e, por fim, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”⁴⁷⁷

Apesar da ponderação ser difundida como técnica essencial à solução dos conflitos normativos, ela não é objeto de unanimidade absoluta da doutrina.

Outrossim, Ana Paula de BARCELLOS trata da existência de teorias alternativas à ponderação como os limites iminentes e o conceptualismo que questionam a existência do conflito normativo e, por isso, negam a necessidade da técnica da ponderação. Ao lado dessas concepções, há a hierarquização que apesar de afirmar a existência de conflitos normativos, também nega a ponderação, primando pela construção de uma tabela hierárquica ou de importância entre os enunciados normativos.⁴⁷⁸

Com efeito, muitas críticas⁴⁷⁹ foram feitas ao método da ponderação. Este estudo analisa a alegação de que a ponderação atribui margem exagerada de discricionariedade aos juízes para escolha dos princípios a serem aplicados ao caso concreto.

Robert ALEXY, ao tratar da crítica de Jürgen HABERMAS,⁴⁸⁰ explica que “se alega que o sopesamento implicaria no risco de que os direitos fundamentais, como o direito à saúde, fossem vítimas de juízos irracionais, pois não haveria nenhum

⁴⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 789, abr. 2002, p. 45.

⁴⁷⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 153-154 e 196.

⁴⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, p. 66.

⁴⁷⁹ A ponderação subordina os direitos fundamentais a uma “reserva de ponderação”; trata-se de método inconsistente pois traduz procedimento formal, não fornecendo pautas materiais vinculantes para a solução dos casos concretos, de modo que diversas pessoas podem chegar a diferentes resultados de peso e grau de afetação de um princípio; a ponderação atribui excessivo poder ao Judiciário em detrimento do Legislativo, na medida em que eles estariam autorizados a fazer escolhas políticas, implicando uma perda de legitimidade democrática no procedimento jurídico, já que os juízes não são eleitos. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 70-71.

⁴⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (trad.). 2 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

parâmetro racional para o sopesamento, que seria realizado de forma arbitrária ou irrefletida.”⁴⁸¹

Nesse contexto, “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido em cláusulas abertas e ao realizar escolher entre soluções possíveis. Como consequência sua pré-compreensão de mundo irá influenciar [...] os valores sociais que irão embasar suas decisões.”⁴⁸²

Daniel SARMENTO trata dos problemas de uma hermenêutica constitucional que tenha como norte as pré-compreensões do intérprete. Ele explica que “quando se passa da descrição para a prescrição, a aposta na pré-compreensão como limite para o decisionismo judicial parece um equívoco, principalmente diante da coexistência de várias visões de mundo disputando espaço.”⁴⁸³

Ainda, o intérprete da Constituição deve ler as tradições e valores criticamente na sua “melhor luz”. Logo, “uma teoria normativa da hermenêutica constitucional deve demandar dos intérpretes um exercício permanente de crítica às tradições e de autocrítica em relação às cosmovisões.”⁴⁸⁴

Lenio Luiz STRECK critica o chamado “solipsismo judicial”,⁴⁸⁵ isto é, as decisões conforme à consciência do julgador defendendo a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, a partir da consciência psicologista. “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado.”⁴⁸⁶

O referido doutrinador destaca que se tem uma nova ideologia teórica, visto que no lugar do juiz “boca da lei” colocaram um juiz que julga conforme a sua consciência” ou conforme os valores que “descobre” por trás dos textos jurídicos.

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 576.

⁴⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 333.

⁴⁸³ SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 312.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 316-317.

⁴⁸⁵ Solipsismo (do latim solu <só> + ipse <mesmo>). Significa costume de quem é solitário, ou seja, de que se fecha em si mesmo. Doutrina que sustenta ser o eu individual toda a realidade. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 510.

⁴⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme a minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.117.

Assim, “do mito do dado, espécie de objetivismo filosófico, passou-se ao império do subjetivismo, caracterizado pelo poder discricionário dos juízes. Como responsáveis [...] podem ser elencados o neoconstitucionalismo, de cariz axiologista, e as teorias da argumentação jurídica, em especial aquela que prega o uso da ponderação de valores, fonte de decisões solipsistas-decisionistas.”⁴⁸⁷

Contudo, o ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade nessas atividades.”⁴⁸⁸

Conforme Paulo Ricardo SCHIER é verdade que o processo de ponderação é subjetivo, mas nem por isso ele deve ser arbitrário: “O Direito demanda uma certa racionalidade e, no processo sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples.”⁴⁸⁹

Lenio Luiz STRECK alega que a aplicação da teoria alexyana no Brasil reforça a discricionariedade judicial, o que somente poderia ser combatido através de uma teoria da decisão.⁴⁹⁰ Ele adverte que “no Brasil os pressupostos formais (racionalizadores) são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.” E ele também afirma que a fragilidade “[...] da ponderação reside no deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete, com o que a teoria da argumentação não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Assim, é a partir do intérprete que se dá a antecipação de sentido impedindo qualquer interpretação em etapas.”⁴⁹¹

Ademais, se afirma que o sopesamento gera um aumento da insegurança jurídica. Assim, “[...] a decisão destes casos é algo que depende [...] da subjetividade

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, p. 933.

⁴⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos...*, p. 146-147.

⁴⁸⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos...*, p. 260.

⁴⁹⁰ Por isso, ele idealiza a Nova Crítica do Direito na qual a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar suas interpretações – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política. Trata-se de uma simbiose entre as teorias de Hans-Georg GADAMER e Ronald DWORKIN, com o acréscimo de que a decisão não é única e nem a melhor tratando-se da resposta adequada à Constituição. Essa resposta não pode depender da consciência do juiz, do livre convencimento e da busca da verdade real, pois esses artifícios escondem a subjetividade do julgador. STRECK, Lenio Luiz. *Decido...*, p. 105-106.

⁴⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 48-49 e 232.

do juiz. O problema da insegurança jurídica fica, pelo menos em parte, afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento. Por isto, surgem as tentativas de fixação de parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo e controle de argumentação.”⁴⁹²

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos.⁴⁹³

Virgílio Afonso da SILVA aduz que o referido Tribunal não parece disposto a aplicar a proporcionalidade de forma estruturada limitando-se a citá-la. Assim, “na maioria dos casos, não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.”⁴⁹⁴

Outrossim, em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, há doutrinadores que concluíram que os posicionamentos dos Ministros “são apenas retóricos, pois não há a utilização do princípio da proporcionalidade mediante o exame de todos os seus subprincípios. Logo, o STF aplica, mas não explica o princípio da proporcionalidade não demonstrando as razões que o fizeram assim julgar.”⁴⁹⁵

Para André Karam TRINDADE, apesar da teoria alexyana buscar conferir

⁴⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos...*, p. 148.

⁴⁹³ Veja os seguintes acórdãos que versam sobre conflitos de direitos fundamentais e ponderação de valores: a) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71373. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 10 nov. 1994. Publicado no DJ em: 22 nov. 1996 (direito à intangibilidade física do corpo *versus* o direito à real identidade da criança); b) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76060. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 31 mar. 1998. Publicado no DJ em: 15 maio 1998 (submissão compulsória ao fornecimento de sangue); c) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2040. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 21 fev. 2002. Publicado no DJ em: 27 jun. 2003 (conflito entre o direito à intimidade e à vida privada, preservação da identidade do pai da criança, e o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro – caso Gloria Trevi); d) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.832. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 18 mar. 2004. Publicado no DJ em: 18 ago. 2006 (direito à imagem e à honra *versus* direito de liberdade de informação e imprensa - Law Kin Chong); e) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 17 set. 2003. Publicado no DJ em: 19 mar. 2004 (liberdade de expressão *versus* dignidade humana - caso Ellwanger).

⁴⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional...*, p. 31.

⁴⁹⁵ SOUZA, André Barbieri. *Direitos Fundamentais: Entre as Restrições e o Núcleo Essencial (Considerações sobre o Julgamento do Caso Ellwanger)*. 175. f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 173; LEAL, Mônia Clarissa; SCHUMACHER, Gláucia. A Ponderação de Direitos Fundamentais como Critérios para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Decisionismo (Leia-se Ativismo Judicial) ou Juízo Fundamentado? Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, jan./jun. 2012, p. 212.

maior racionalidade às decisões judiciais, na prática, o que se verifica nos tribunais pátrios é precisamente o oposto. Sendo assim, “observa-se que os princípios tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem.”⁴⁹⁶

Desse modo, o que se verifica é que, no Brasil, “a ponderação não está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo. Isto fica evidente pelas reiteradas decisões cujas fundamentações apenas indicam a incidência do princípio da proporcionalidade, aplicado somente como recurso retórico.”⁴⁹⁷

Conforme Robert ALEXY não se pode negar que a ponderação confira uma certa dose de discricionariedade ao julgador e admita que um mesmo caso concreto possa receber duas decisões judiciais diferenciadas, dependendo da argumentação apresentada, comprometendo a segurança jurídica. Portanto, “as críticas são procedentes se com elas se quer dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza sempre a um resultado único e inequívoco. Mas, elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento irracional.”⁴⁹⁸

Ainda, o uso da ponderação como princípio decorre de um fenômeno peculiar à realidade brasileira, denominado panprincipiologismo, ou seja a proliferação de princípios.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ TRINDADE. André Karam. Robert Alexy e a Vulgata da Ponderação de Princípios. Consultor Jurídico. 16 nov. 2013, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexys-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁴⁹⁷ Idem.

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 164.

⁴⁹⁹ A prática judiciária brasileira recepcionou somente parcialmente as teorias jurídicas pós-positivistas e, assim, a valorização dos princípios e da ponderação não têm sido acompanhadas do necessário cuidado com a justificação de suas decisões. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça - passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 139; SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 147. Veja: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 50; WEBBER, Suelen da Silva. *O Panprincipiologismo como Propulsor da*

Trata-se de um “esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo.”⁵⁰⁰

A Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica, “introduziu uma nova configuração no âmbito do Direito Público, pois seu texto extravasa os limites do constitucionalismo tradicional albergando na Constituição um extenso rol de direitos fundamentais e incorporando, por meio de princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos.”⁵⁰¹

Ana Paula de BARCELLOS explica que nele se incluem: a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana.⁵⁰²

Nesta perspectiva crítica, Paulo Ricardo SCHIER trata dos excessos da dogmática constitucional principialista explicando que “é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principilogia constitucional a ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada.”⁵⁰³

Daniel SARMENTO leciona que “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. E ele afirma que a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do oba-oba.”⁵⁰⁴

O referido doutrinador diz que há dois pontos que se fossem “levados a sério” poderiam minimizar certos vícios que o pós-positivismo anda resvalando no país:

Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 305-324.

⁵⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, prefácio.

⁵⁰¹ MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: Do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119.

⁵⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, prefácio.

⁵⁰³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos...*, p. 259; SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização do Direito no Contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48-49.

⁵⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade...*, p. 147.

O primeiro deles seria a valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, pois as decisões adotadas devem ser devidamente justificadas demonstrando que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso. Assim, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito. O outro, consiste na valorização e respeito também das regras jurídicas.⁵⁰⁵

Assim sendo, critica-se o casuísmo que pode ser encontrado em decisões que, sob a justificativa de aplicação dos princípios, deixam de utilizar argumentos racionais, não se preocupando em desenvolver um ônus argumentativo capaz de permitir seu controle.

Neste contexto, destaca-se o sistema elaborado por Robert ALEXY⁵⁰⁶ para combater o argumento da irracionalidade das decisões judiciais. A teoria da argumentação jurídica seria a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos.⁵⁰⁷

Ela nasceu no berço do pós positivismo, uma corrente do pensamento jurídico que surgiu como consequência dos acontecimentos da Segunda Grande Guerra Mundial. Até aquele momento, acreditava-se que o positivismo jurídico (que limitava o Direito a concepções formais do ordenamento jurídico) havia superado o jusnaturalismo (transcendentalismo) e que ele seria o modelo ideal de justificação e existência do Direito.⁵⁰⁸

É mister destacar que o pós positivismo constitui-se como uma nova filosofia do Direito que tem influenciado de maneira decisiva a produção acadêmica e jurisprudencial dos últimos tempos. Ele implica, necessariamente, uma ruptura com

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 36 e 147.

⁵⁰⁶ Apesar de não se auto-classificar explicitamente como pós-positivista, Robert ALEXY denomina a sua teoria de não positivista sendo seu posicionamento uma crítica ao positivismo hermenêutico de matriz analítica de Herbert HART. Logo, seu trabalho se coloca para além do positivismo e constitui-se como o esteio do neoconstitucionalismo europeu contemporâneo. A teoria jurídica dos direitos fundamentais consiste em uma teoria dogmática, ou seja, não se trata de uma teoria meramente descritiva. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, de forma mais ampla possível, os enunciados gerais (verdadeiros ou corretos), passíveis de serem formulados no âmbito das dimensões analítica (análise de conceitos), empírica (o modo como os tribunais julgam e firmam situações específicas de direitos fundamentais) e normativa (corrigir o uso desses termos, elucidação e crítica da práxis jurídica) combinadas de forma otimizada. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 32-39; DWORKIN, Ronald. *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 61.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. SILVA, Zilda Hutchinson Schild (trad.). 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 181- 217 e 272.

⁵⁰⁸ DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; CARVALHO, Caroline Pessoa de. Aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas Decisões Judiciais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 21, out./dez. 2012, p. 126.

a forma básica de compreensão do Direito, predominante no século XX, conhecida como positivismo jurídico.⁵⁰⁹

Ana Paula BARCELLOS e Luís Roberto BARROSO afirmam que “pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética.”⁵¹⁰

A partir da consciência de que a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos nasce a teoria da argumentação jurídica que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito.⁵¹¹

A teoria da argumentação jurídica está no âmbito da teoria do discurso, e além deste papel questionador do positivismo jurídico, busca demonstrar a possibilidade e a validade da fundamentação racional do discurso jurídico, observando-se algumas regras e formas. A principal pergunta que “interessa a esta teoria é como pode ser o discurso jurídico fundamentado racionalmente, e os enunciados normativos corrigidos, à vista da materialidade dos fatos e dos valores vigentes na sociedade.”⁵¹²

Assim, Robert ALEXY entende ser necessária a justificação da decisão tomada. A regra e sua aplicação devem responder a pergunta: “Por que ela se faz necessária naquele caso?”⁵¹³

Logo, há ênfase na necessidade de justificação das razões utilizadas nos argumentos que integram fatos e valores às normas jurídicas. Considera que os argumentos não são isolados, mas unem-se num sistema de coerência, e o raciocínio jurídico deve ser razoável e discursivamente procedimental, com vistas às pretensões universais de justificação dos discursos.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 264; MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., p. 122.

⁵¹⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 134.

⁵¹¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Caroline Pessoa de. Op. cit., p. 130.

⁵¹² TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005 p. 48.

⁵¹³ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Caroline Pessoa de. Op. cit., p. 130.

⁵¹⁴ SILVA, Miriam Ventura da. *O Processo Decisório Judicial e a Assessoria Técnica: A Argumentação Jurídica e Médico-Sanitária na Garantia do Direito à Assistência Terapêutica no Sistema Único de Saúde*. 186 f. Tese (doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca,

Robert ALEXY distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas – a justificação interna e a justificação externa. “A justificação interna refere-se à verificação das proposições normativas. A justificação externa trata da correção das próprias premissas, mediante as regras da argumentação prática geral, da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, do uso dos precedentes e das formas especiais de argumentos jurídicos.”⁵¹⁵

Logo, é possível racionalizar a ponderação de princípios a partir do emprego da teoria da argumentação jurídica, conforme elaboração de Robert ALEXY.⁵¹⁶

Além disso, Ana Paula de BARCELLOS afirma que a legitimidade das decisões judiciais que se valem da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade (vinculação ao sistema jurídico em vigor e responder porque uma determinada solução deve ser adotada e não outra) e da capacidade de justificação (necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras possíveis).⁵¹⁷

Portanto, se o sistema jurídico contemporâneo brasileiro confere ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo, para que suas decisões não sejam acusadas de serem arbitrárias e ilegítimas, é necessária a sua justificação.

Segundo Lenio Luiz STRECK “os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão se constitui em um direito fundamental.”⁵¹⁸ O art. 93, IX da Constituição Federal trata do dever de fundamentação das decisões judiciais.⁵¹⁹

Na decisão jurídica, o juiz deve fundamentar suas decisões de acordo com o Direito positivado e não discricionariamente, fundado em valores pessoais.⁵²⁰

Programa de Pós Graduação em Ciências na área de Saúde Pública. Defesa: Rio de Janeiro, 18 de abril de 2012, p. 50.

⁵¹⁵ TOLEDO, Cláudia. Op. cit., p. 50.

⁵¹⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Caroline Pessoa de. Op. cit., p. 142.

⁵¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, p. 41-45.

⁵¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, p. 931.

⁵¹⁹ “Art. 93: [...]”

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, p. 931-932.

Lenio Luiz STRECK afirma que as decisões judiciais não são dilemas morais. Assim, “no caso do direito à saúde, o Juiz não deve decidir, moralmente, se concede um remédio de R\$ 200 mil ou não.”⁵²¹

Portanto, “no âmbito judicial o juiz não é um agente moral que age guiado por suas convicções pessoais; diante da responsabilidade política que possui, a resposta jurídica decorre de uma decisão fundamentada no direito. Por isso, o referido doutrinador vem insistindo que, no direito, tem-se decisões e não escolhas.”⁵²²

É mister ressaltar que a responsabilidade política perpassa pela noção financeira do que é possível fazer e por escolhas de umas prioridades em detrimento de outras. Logo, certamente que não se trata de um mero dilema moral.

Neste contexto, destaca-se “a diferença entre judicialização, que é um problema de competência (ou incompetência) dos Poderes, e o ativismo, que é um problema de comportamento dos juízes.”⁵²³

Segundo Lenio Luiz STRECK a jurisdição brasileira está refletida de posturas discricionárias, nas quais “o ativismo está se transformando na vulgata da judicialização.” E isso deve ser combatido visto que “[...] as decisões judiciais não podem ser frutos do solipsismo (apreciação individual-subjetivista) do julgador. Ele não pode se substituir àquilo que chamamos de produção democrática do direito. É nesse espaço que precisamos de uma teoria da decisão.”⁵²⁴

Com efeito, a linha tênue que separa a judicialização de políticas públicas e o ativismo judicial “[...] fica exatamente na parte em que a aplicação do direito, no que diz respeito aos direitos fundamentais, torna-se o produto dos juízos pessoais da pessoa do julgador.”⁵²⁵

⁵²¹ Conforme a Aula Magna “Jurisdição Constitucional – Entre Escolha e Decisão” proferida, em 5 de setembro de 2014, no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Veja também: STRECK, Lenio Luiz. Matar o Gordinho ou Não? O Que as Escolhas Morais Têm a Ver com o Direito? *Consultor Jurídico*. 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁵²² Idem.

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, p. 7; FERRAZ, Leonardo de Araújo; MARCHESANI, Juliana Mara; ARAÚJO, Sílvia Costa Pinto Ribeiro de. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 29, v. 81, n. 4, out./dez. 2011, p. 16.

⁵²⁴ Idem.

⁵²⁵ Ibidem, p. 16-18.

Daí surgem as propostas para orientar a argumentação jurídica, nelas destacam-se a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem a decisão.

Luís Roberto BARROSO aponta três parâmetros para informar a argumentação jurídica: a) a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão, pois não bastam o senso comum e o sentido pessoal de justiça; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema (unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica); c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão visto que o juiz não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas.⁵²⁶

Outrossim, Ana Paula de BARCELLOS formula parâmetros capazes de orientar e balizar as decisões do intérprete no emprego da ponderação, que devem ser aplicados de forma sequencial e geral (aplicáveis a qualquer conflito normativo): “(i) as regras têm preferência sobre os princípios; e (ii) as normas que realizam diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre aquelas que estão relacionadas com esse fim apenas de forma indireta.” Dessa forma, ela pretende conferir a técnica da ponderação maior juridicidade e racionalidade.⁵²⁷

Nesse contexto, “não é possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis.” Assim sendo, deve-se demonstrar de forma lógica que determinada decisão é a que mais adequadamente realiza os fins constitucionais no caso concreto.⁵²⁸

Para tornar o sistema que emprega essa técnica mais racional, mister se faz aprimorar a consistência metodológica da técnica da ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar seu emprego. Ainda, “a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação.”⁵²⁹

Feitas estas considerações, verifica-se o caso do direito fundamental à saúde. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar

⁵²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 369-371.

⁵²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, p. 15-20.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 373.

⁵²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação...*, p. 48.

esse direito, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte do julgador, quando em análise de um caso concreto. E, dentro desse ônus argumentativo, deve caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa destacar que “a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único.”⁵³⁰

Daí a importância da argumentação, como meio de justificação racional das escolhas pela destinação de recursos escassos.⁵³¹

Nesse caso, também devem ser levadas em conta, as ponderações acerca da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, De acordo com Luís Roberto BARROSO:

As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. [...] Os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias.⁵³²

A questão está no ônus argumentativo que o julgador deverá usar, depois de encontrar a norma de decisão (o que ocorre quando, mediante a técnica da ponderação, demonstrar porque afastou um princípio, naquele caso concreto, demonstrando que esta decisão é a mais razoável e proporcional).

O modelo teórico do ônus argumentativo oferece critérios racionais destinados a reduzir o risco de arbitrariedade na decisão jurídica acerca do direito à saúde. “Isso porque, persuadir racionalmente a comunidade de intérpretes também é uma forma de conferir legitimidade a essas decisões judiciais.”⁵³³

3.3.2 Requisito Consequencialista

Nesse momento, será investigada outra importante questão acerca da atuação dos julgadores no trato do direito à saúde. O estudo analisará se os juízes

⁵³⁰ WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez...*, p. 541.

⁵³¹ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Op. cit.*, p. 256.

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta...*, p. 9. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, veja: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 499.

⁵³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 96-98.

devem se preocupar com as consequências jurídicas advindas de suas decisões considerando a questão relativa ao custos dos direitos.

Segue, “no lugar da exclusiva visão causalista, na qual dadas as premissas a conclusão é inexorável e a premissa menor apenas declara, apenas afirma sua pertinência à maior, ganha relevo cada vez maior, nos casos difíceis, a consideração quanto aos resultados.”⁵³⁴

Herbert Lionel Adolphus HART destaca a relevância das consequências e dos pressupostos de aplicabilidade na definição dos conceitos jurídicos e na delimitação dos significados.⁵³⁵

Acerca da argumentação consequencialista, Neil MACCORMICK aduz que:

A argumentação consequencialista envolve a elaboração da deliberação universalizada necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de valores mensuráveis [...]. Ela envolve critérios múltiplos, que deve incluir no mínimo “justiça”, “senso comum”, “política de interesse público” e “conveniência jurídica”.⁵³⁶

Amartya SEN explica que o argumento em favor do raciocínio consequencialista surge do fato de que as atividades têm consequências: “É preciso examinar não apenas o valor intrínseco da norma e o estado de coisas por ela direcionado, mas também as diversas consequências intrínsecas valiosas ou desvaliosas que possam decorrer das atividades afetadas pela norma.”⁵³⁷

Gustavo AMARAL lembra que o exame das consequências “não ocorre apenas *ex post facto*, mas também quanto aos resultados que razoavelmente se podem esperar.”⁵³⁸

As decisões judiciais geram “efeitos de segunda ordem”, ou seja, os juízes não apenas solucionam a lide mas também geram precedentes e afetam as expectativas dos agentes privados. Os efeitos sentenciais podem ser denominados de “externalidades” no jargão dos economistas e elas devem ser levadas em

⁵³⁴ AMARAL, Gustavo. *Saúde Direitos de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 133.

⁵³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Definition & Theory in Jurisprudence*. In: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 20-21.

⁵³⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 329.

⁵³⁷ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 91.

⁵³⁸ AMARAL, Gustavo. *Saúde...*, p. 135.

consideração pelos órgãos decisórios, pois podem ser positivas ou negativas para a sociedade.⁵³⁹

No mesmo sentido Rogério Gesta LEAL afirma que “das ações humanas decorrem consequências que podem afetar não apenas quem tomou as decisões, mas também a terceiros, o que se chama de externalidade, as quais, por sua vez, podem ser tanto positivas quanto negativas, para quem levou a cabo as ações e para quem por estas foi atingido.”⁵⁴⁰

Apesar de sabido que toda decisão têm consequências em se tratando questões jurídico-orçamentárias, nota-se a tentativa de se afastar do elemento consequencialista. Dessa forma, “alguns julgadores desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público.”⁵⁴¹

Por isso, Harrison Ferreira LEITE afirma que “não interessa se [...] há recursos suficientes para a eficácia da decisão.” E ele explica que assim sendo, “esquece-se, que ao decidir, deve o Judiciário mirar não apenas o passado (consistência e coerência), mas também o futuro (consequências), no sentido de projetar o estado de coisas que surgirá de sua decisão, em cotejo com o que provavelmente surgiria caso sua decisão fosse em sentido contrário.”⁵⁴²

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Luís Roberto BARROSO que, ao apontar parâmetros tidos como pertinentes à orientação da argumentação jurídica, trata do requisito consequencialista que afirma a necessidade do juiz levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. Ele entende que “o julgador não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas.”⁵⁴³

Conforme Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Assim, “nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências

⁵³⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito...*, p. 59.

⁵⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁴¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 241.

⁵⁴² LEITE, Harrison Ferreira. *Op. cit.*, p. 190.

⁵⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 369-371.

orçamentárias, pelas quais, em última instância os outros dois Poderes são responsáveis.”⁵⁴⁴

No sistema brasileiro se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, que tem como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade.

Esse foi o posicionamento do Ministro Celso de MELLO em um recente julgamento no Supremo Tribunal Federal:

“Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”⁵⁴⁵

Daniel Wei Liang WANG, em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, afirma que “as conseqüências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.”⁵⁴⁶

Diante disso, António José Avelãs NUNES e Fernando Facury SCAFF lembram que “não podemos fugir a certas verdades estruturantes da vida e do direito. Não há, em nenhum país do mundo, recursos financeiros suficientes para atender, sem limites, todas as exigências de todos quanto à satisfação plena dos direitos sociais, econômicos e culturais.”⁵⁴⁷

Para Ana Paula de BARCELLOS a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada: “Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é

⁵⁴⁴ “Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 97-98.

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 716777/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 09 abr. 2013. Publicado no DJE em: 16 maio 2013.

⁵⁴⁶ WANG. Daniel Wei Liang. *Escassez...*, p. 551.

⁵⁴⁷ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 37.

preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática.”⁵⁴⁸

Marina Amaral de Ávila MACHADO refletiu sobre a judicialização da saúde no Brasil. Ela destaca que, em 2005, o Governo Federal gastou R\$ 2,5 milhões com a aquisição de medicamentos demandados pela via judicial e foi citado como réu em 387 processos. No ano de 2007, o gasto passou para R\$ 15 milhões destinados ao atendimento de aproximadamente três mil ações. Em 2008, as despesas alcançaram em torno de R\$ 52 milhões. Esses dados revelam que o cenário da judicialização da saúde tende a ser cada vez maior no Brasil. O Judiciário passa a exercer um protagonismo significativo nesse processo, inclusive ensejando reconfigurações orçamentárias e estratégicas no âmbito governamental.⁵⁴⁹

Gustavo AMARAL analisa o gasto federal e estadual do SUS com medicamentos de dispensação excepcional nas Secretarias Estaduais de Saúde, de 2002-2008. Ele constata que o aumento de despesas totais comparando 2002 com 2007, são 323,53% de aumento.⁵⁵⁰

Diante desses dados, é compreensível que o custo financeiro dos direitos deva ser compreendido como uma variável a ser considerada na solução das lides, inclusive aquelas que envolvem o direito prestacional à saúde.

Entretanto, hoje, estão começando a surgir decisões judiciais⁵⁵¹ em que a questão do custo é ponderada com os bens jurídicos em conflito.

Desse modo, a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.

⁵⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 287.

⁵⁴⁹ MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do Acesso a Medicamentos no Estado de Minas Gerais. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, jun. 2011, p. 591.

⁵⁵⁰ AMARAL, Gustavo. *Saúde...*, p. 123.

⁵⁵¹ “Não é ônus do Judiciário administrar o SUS, nem se pode, sem conhecimento exato sobre as reais condições dos enfermos, conferir prioridades que só virão em detrimento daqueles pacientes do SUS que já aguardam ou já recebem a medicação e não poderão interromper tratamento. Como os demais enfermos que aguardam o fornecimento do medicamento pela Administração, deve o agravado sujeitar-se à regular dispensação do remédio pretendido. **Não se pode deixar de pesar as conseqüências que uma medida como a deferida causa no sistema. Os recursos do SUS são, notoriamente, escassos. Deferir-se, sem qualquer planejamento, benefícios para poucos, ainda que necessários, podem causar danos para muitos, consagrando-se, sem dúvida, injustiça.** Sequer pode-se considerar o Judiciário como uma via que possibilite que um paciente possa burlar o fornecimento administrativo de medicamentos, garantindo seu tratamento sem que se leve em consideração a existência de outros na mesma ou em piores circunstâncias” – grifamos. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 2006.04.00.039425-9/SC. Quarta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Julgado em: 18 dez. 2006. Publicado no DJE em: 25 jan. 2007.

Com efeito, Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN afirmam que “levar direitos a sério (sob o prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez.”⁵⁵²

Segundo Fernando Borges MÂNICA a teoria da reserva do possível implica no reconhecimento da “inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais, em toda e qualquer situação, [...] e a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais.”⁵⁵³

Outrossim, “o custo direito envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como uma barreira absoluta à sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens” (necessidade, adequação e proporcionalidade específica).⁵⁵⁴

Fernando Borges MÂNICA esclarece que “o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores passou por um período de absolutização dos direitos fundamentais e tende, atualmente, a buscar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível.”⁵⁵⁵

Além disso, Daniel Wei Liang WANG trata das contribuições que uma jurisprudência objetiva e coerente sobre escassez de recursos, reserva do possível e custos dos direitos pode trazer a diversas pessoas. Assim, “[...] seja para a Administração Pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário e seja para os juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões.”⁵⁵⁶

Destaca-se que não se entende que a atuação do magistrado deva afastar princípios jurídicos e fundamentos valorativos que não são baseados na racionalidade econômica. Na verdade, “pretende-se apenas que sua conscientização econômico-social aumente as suas possibilidades de escolhas e

⁵⁵² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 87.

⁵⁵³ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria...*, p. 184.

⁵⁵⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 18.

⁵⁵⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria...*, p. 185.

⁵⁵⁶ WANG. Daniel Wei Liang. *Escassez...*, p. 542.

decisão no caso concreto, sempre de forma fundamentada, afastando assim, a pura submissão à lei e a regras que impõem uma aplicação *a priori*.”⁵⁵⁷

Portanto, o que se exige é o comprometimento dos juízes com as consequências de suas decisões propugnado por uma racionalização da atuação judicial sanitária, que considera a posição do Estado, seus recursos e políticas.

3.3.3 Decisões Judiciais, Orçamento Público e Reserva do Possível

Por fim, na discussão dos novos rumos do ativismo judicial na promoção do direito à saúde, também merece atenção a análise da relação estabelecida entre as decisões judiciais e a questão orçamentária, através da aplicação da reserva do possível. Neste estudo, há um especial destaque sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil.

Com efeito, por meio das sentenças aditivas, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos, mas os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário, para oferecer aos cidadãos os direitos previstos na Constituição. Assim sendo, a Administração, muitas vezes, não dispõe dos recursos suficientes para atender essas decisões judiciais, sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas.⁵⁵⁸

Dessa forma, “[...] se o juiz determina que determinado paciente seja atendido, ele está, ainda que não o veja, privando outros cidadãos de beneficiar-se das verbas da saúde, que são, infelizmente, finitas.”⁵⁵⁹

Antônio José Avelãs NUNES leciona que “os desvios de fundos para tratamentos ou medicamentos por medida (muitas vezes caríssimos) ⁵⁶⁰ vai

⁵⁵⁷ BOTELHO. Ramon Fagundes. Op. cit., p. 120.

⁵⁵⁸ WANG. Daniel Wei Liang. *Escassez...*, p. 540.

⁵⁵⁹ SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo Judicial. *Folha de São Paulo*. 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/2014/06/1475850-obscurantismo-judicial.shtml>>. 25 jun. 2014. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁵⁶⁰ A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. “Quando recebeu o diagnóstico, Rafael descobriu que pacientes como ele podem ser submetidos a um transplante de medula. É uma alternativa muito mais barata (custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS) e a única capaz de curar. Apesar disso, nem sequer procurou um doador. Como o tratamento mais caro do mundo (soliris) estava ao alcance das mãos (via judicial), considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional. O transplante cura metade das pessoas que têm HPN.” “[...] quando são obrigados a fornecer remédios caros da noite para o dia (ao preço que o fabricante se dispõe a vender), os gestores do orçamento público da saúde tiram o dinheiro de outro lugar. Com isso, milhares (ou milhões) de cidadãos perdem. A verba destinada à compra de um frasco de Soliris seria suficiente para garantir milhares de doses de anti-hipertensivos e de outros

necessariamente retirar fundos de uma política séria de saúde, que beneficiaria um número de pessoas muito maior.”⁵⁶¹

Por isso, pode-se afirmar que existe um conflito entre o direito à vida de um cidadão (que busca a sua sobrevivência no Poder Judiciário) e o direito à vida de outros cidadãos, que dependem do orçamento público para subsistir.⁵⁶²

No mesmo sentido, Luciano Benetti TIMM defende a existência de “um conflito de interesses entre um indivíduo que está pleiteando dado medicamento e a coletividade (contribuinte que está sendo tributado pelo Estado com vistas ao fornecimento de bens ou serviços públicos e/ou a comunidade que seria destinatária de algum bem ou serviço público alternativo àquele discutido em um processo judicial).”⁵⁶³

Fernando Borges MÂNICA trata da importância da repercussão coletiva na consideração do direito de uma pessoa receber uma prestação de saúde pela via judicial. Ele aduz que “[...] não se trata, em última análise de ponderar o direito à saúde, e mesmo o direito à vida, com princípios como o da legalidade e da separação dos poderes; trata-se de ponderar o direito à vida e à saúde de determinadas pessoas em face do direito à vida e à saúde de outras pessoas.”⁵⁶⁴

Neste contexto, preocupa-se com aqueles que possam ser privados dos recursos necessários para a satisfação de suas pretensões, pois estes serão consumidos para atender ao autor de uma demanda individual. Cita-se como exemplo, uma decisão judicial que determina o atendimento imediato de um paciente para fins de transplante, preterindo outros que poderiam ter preferência pelos critérios oficiais. Assim sendo, “o autor tem nome, sobrenome, CPF e rosto, os não atendidos são desconhecidos nos autos, estão escondidos atrás de tapumes pouco atraentes como Estado, orçamento, finanças públicas.”⁵⁶⁵

Fernando Facury SCAFF afirma que “a tônica das decisões judiciais no Brasil é a implementação dos direitos sociais, mas na verdade atribuem direitos

medicamentos baratos que atingem a maior parte da população. Sem interrupções. É preciso reconhecer que priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo tem consequências sobre a saúde pública.” SEGATTO, Cristiane. O Paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*. 23 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁵⁶¹ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 46.

⁵⁶² APPIO, Eduardo. Op. cit., 184.

⁵⁶³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito...*, p. 284.

⁵⁶⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *Saúde...*, p. 29.

⁵⁶⁵ AMARAL, Gustavo. *Saúde...*, p. 136.

individuais fazendo com que as verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados.”⁵⁶⁶

Virgílio Afonso da SILVA explica que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm a dimensão global das políticas públicas de saúde. Assim, “se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas. Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo.”⁵⁶⁷

Além disso, ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas, para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas.⁵⁶⁸

Logo, a prestação de saúde concedida judicialmente a determinado indivíduo, deveria ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação. E “é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear (ou deseje fazê-lo) toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros.”⁵⁶⁹

Essas decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma distribuição de renda pouco equitativa no âmbito da sociedade. Logo, “todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável.”⁵⁷⁰

A grande maioria dos mais necessitados não têm acesso a um tribunal, devido aos altos custos do acesso à justiça, que restringem a tutela jurisdicional à classe social capaz de arcar com esses custos. Dessa maneira, há uma acentuação das desigualdades sociais.⁵⁷¹

O ativismo judicial “embora movido por uma parcela de boa intenção, está a

⁵⁶⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 576.

⁵⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 597.

⁵⁶⁸ WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez...*, p. 564.

⁵⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 323.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 324.

⁵⁷¹ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 59.

agravar a desigualdade social brasileira, permitindo que somente os que têm acesso ao Poder Judiciário se beneficiem de recursos públicos extraídos egoísticamente das políticas públicas destinadas ao conjunta da população, especialmente a pobre.”⁵⁷²

Segundo Daniel Wunder HACHEM “a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente pela via do Poder Judiciário pode implicar a atribuição de privilégios a alguns poucos indivíduos que têm maiores condições de acesso à jurisdição, em prejuízo dos cidadãos em geral, em especial daqueles desprovidos de informação e meios financeiros suficientes.”⁵⁷³

Por isso ele afirma que os direitos fundamentais sociais devem ser considerados pelo prisma da efetividade e também pela perspectiva da igualdade.⁵⁷⁴

No âmbito da Justiça Federal, o relatório emitido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde denominado “Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais” constatou que as 18 demandas que apresentaram o maior custo para atendimento de ações judiciais (solicitação da mesma tecnologia de saúde em processos judiciais distintos), no ano de 2012, somaram cerca de 278 milhões de reais. E tais valores foram destinados ao atendimento de apenas 523 pacientes, o que denota um desequilíbrio na distribuição dos recursos, quando o atendimento ocorre pela via judicial.⁵⁷⁵

Não há estimativa quanto aos gastos municipais, mas há inúmeros Municípios que noticiam o uso de toda sua verba de saúde para atendimento de uma única ação judicial.⁵⁷⁶

Na cidade de Buritama, que possui 15 mil habitantes, o orçamento do Município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. Em 2011, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único

⁵⁷² NETO SIQUEIRA, José Francisco. Op. cit., p. 208.

⁵⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma Implementação Espontânea, Integral e Igualitária*. 614 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2014, p. 50.

⁵⁷⁴ Ibidem, p. 51.

⁵⁷⁵ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Peça 19 do Processo n. 026.797/2013-5. Maio 2013, p. 11. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2014.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 19.

paciente pediu na Justiça, e foi atendido, uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson cujo valor foi de R\$ 108 mil.⁵⁷⁷

Nancy Ferreira da Silva CUNHA, secretária de saúde de Buritama, afirma que “todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o Judiciário nem mandou o Estado compartilhar os gastos conosco”. Ela entende que essas ações estão causando graves prejuízos aos pequenos Municípios demonstrando o seu impacto sobre o orçamento da saúde pública.⁵⁷⁸

Este tipo de atuação dos tribunais não pode substituir a definição e execução das políticas públicas de saúde. E, “em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, esta atuação dos tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles.”⁵⁷⁹

Outrossim, “o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas judiciais, pode inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde e esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à sociedade.”⁵⁸⁰

Ainda, Daniel WANG no trabalho intitulado “Tribunais como Decisores de Políticas de Saúde” conclui, face a escassez de recursos, que o litígio de saúde está fazendo o sistema público de saúde menos justo e racional. Ele explica que os tribunais estão criando um sistema público de saúde de dois níveis - um para aqueles que podem recorrer e ter acesso a qualquer tipo de tratamento, independentemente dos custos, e outro para o resto da população, que não tem acesso a cuidados restritos. E “a forma como o Judiciário decide tem também obrigado o Estado a fornecer drogas e serviços baseados em evidências científicas pobres e, às vezes, sem considerar a relação custo-efetividade ou as prioridades da saúde pública.”⁵⁸¹

Assim, face aos excessos promovidos pelo Poder Judiciário, na concessão de medidas voltadas à efetivação individual do direito fundamental à saúde, “surge a

⁵⁷⁷ SEGATTO, Cristiane. Op. cit., p. 7.

⁵⁷⁸ Idem.

⁵⁷⁹ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 59.

⁵⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 67.

⁵⁸¹ WANG, Daniel. Courts as Healthcare Policy-Makers: The Problem, the Responses to the Problem and Problems in the Responses. *Direito GV*, São Paulo, n. 75, 02. ago. 2013, p. 5. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2335145>>. Acesso em: 10 out. 2014.

necessidade de uma interpretação constitucionalmente adequada do referido direito e dos direitos sociais, em geral. Na absolutização do direito à saúde, as decisões judiciais desconsideram, em casos individuais, toda a organização do sistema público de saúde, provocando sua desestabilização e ofensa [...] à isonomia.”⁵⁸²

De acordo com Lenio Luiz STRECK vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde, com medicamentos, por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano, destinado a medicamentos.⁵⁸³

Ademais, as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrem com as aquisições determinadas por decisões judiciais. Assim, apesar do atendimento ser considerado uma prioridade para o SUS, diante das “[...] constantes ameaças de astreintes à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas fins do Ministério, para comporem [...] compras do Ministério da Saúde.”⁵⁸⁴

Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas acabam gastando energias para atender demandas individuais. E “isso acaba sendo interessante para os Governos, porque ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos através de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso.”⁵⁸⁵

No mesmo sentido, Ana Paula de BARCELLOS aduz que há um grave problema, porque “[...] cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto

⁵⁸² MÂNICA, Fernando Borges. *Saúde...*, p. 28.

⁵⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, p. 291. O mesmo fato ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, em 2013. Conforme: STRECK, Lenio Luiz. O Papel das Constituições e do Constitucionalismo na Contemporaneidade: Crise dos Sentidos e Sentidos da(s) Crise(s). In: *SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, XI, Curitiba, 01-03 maio 2014. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/simposios.php>>. Acesso em: 27 maio 2014.

⁵⁸⁴ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção...*, p. 18.

⁵⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Direitos Ambientais no Estado Socioambiental. In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL*, X, Porto Alegre, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 27 maio 2014.

de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.”⁵⁸⁶

Lenio Luiz STRECK explica que a cidadania (transferida para os fóruns e tribunais) foi enfraquecida ao se proporcionar uma corrida ao (pai) Judiciário. Assim, “em vez das pessoas reivindicarem no plano da política (e com os políticos), recorrem a um advogado para entrar em juízo.” Nesse contexto, “afirma-se que é mais fácil resolver o problema do pobre do utente a partir de uma atitude *ad hoc* do que implementar políticas para todos. Simbólico disso é que o Ministério da Saúde tem até um roteiro no seu site para ensinar o utente a entrar em juízo.”⁵⁸⁷

E acerca desse tema, ele também leciona que:

A população de Santa Clara do Herval, em vez de batalhar por ônibus escolares, vai na Defensoria. Que entra em juízo. Com pedido liminar. Que é concedida. Que enseja recurso. E outro recurso. Mas, o que falta mesmo são “recursos públicos”. *Como administrar a escassez?* Um ônibus “conquistado” em juízo para as crianças do lugar X, representa recursos retirados de outros para fazer a felicidade daquelas. Isso fere a igualdade (é como isentar o IPI de quem compra automóvel às custas de quem anda de ônibus!) E isso não pode ser tarefa do Judiciário. O Judiciário de São Paulo sabe de tudo isso e/ou deveria saber. Basta ver quantas decisões liminares determinando a abertura de vagas em creches foram concedidas em 2013 e 2014. E assim por diante.⁵⁸⁸

Isto não implica em afirmar que o direito fundamental à saúde não pode ter sua atuação submetida ao Judiciário. Contudo, “o foco da implementação do direito à saúde tem que ser na formulação das políticas públicas de saúde, e não em sua busca individualizada de medicamentos ou de outras ações correlatas.”⁵⁸⁹

Além disso, Fernando Moutinho Ramalho BITTENCOURT e Luis Otavio Barroso da GRAÇA realizaram uma pesquisa empírica sobre os impactos financeiros diretos da ação do Poder Judiciário sobre o orçamento público no Brasil. Na análise dos dados, eles verificaram que os custos das sentenças e outras despesas judiciais para todo o orçamento público no Brasil, apresentam tendência crescente em termos reais de 2003 a 2005, tendo crescido 47,16% no período.

⁵⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 322.

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. Juízes Devem Fazer ou Usar a Doutrina Somente na Hora do Lazer? *Consultor Jurídico*. 01 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>>. Acesso em: 10. jan. 2015.

⁵⁸⁸ Idem.

⁵⁸⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento...*, p. 578.

Também concentram-se no nível federal, com 70,26% dessas despesas entre 2003 e 2005, ficando 22,35% no nível estadual e 7,39% no municipal.⁵⁹⁰

O estudo realizado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde identificou que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem. Ainda que não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar, com base no que foi apurado nessa pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário, os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, a quantia de R\$ 949.230.598,54 milhões, ou seja quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gérias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios).⁵⁹¹

Segundo o Tribunal de Contas da União, o aumento da quantidade de ações judiciais impetradas com o objetivo de garantir o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias e procedimentos têm preocupado os gestores da saúde nas três esferas de governo. Segundo esses administradores, muitas vezes, o Poder Judiciário despreza fluxos e protocolos existentes, impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos e provoca a inversão de prioridades nos gastos com medicamentos, o que gera um grave impacto na programação anual de saúde.⁵⁹²

A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde também registrou que a maior parte dos gastos determinados por via judicial, na esfera federal, se referiu à aquisição de medicamentos, cujo valor saltou de R\$ 7,6 milhões em 2006 para R\$ 287 milhões em 2012. Note-se que o total de gastos (compras e depósitos) para cumprimento de decisões judiciais passaram de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 355 milhões no ano de 2012.⁵⁹³

De acordo com esse estudo, o cumprimento das decisões judiciais pela União se deu das seguintes formas: a) aquisição pelo próprio Ministério do

⁵⁹⁰ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. *Decisões Judiciais e Orçamento Público no Brasil: Aproximação Empírica a uma Relação Emergente*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 203.

⁵⁹¹ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção...*, p. 21.

⁵⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo...*, p. 133.

⁵⁹³ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção...*, p. 10 e 16.

medicamento ou insumo pleiteado; b) depósito do valor necessário à aquisição pelo próprio paciente do medicamento ou tratamento médico demandado; c) repasse aos Estados ou Municípios de parcela do valor do medicamento ou tratamento, quando o paciente é por eles atendido.⁵⁹⁴

Há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, “quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária.”⁵⁹⁵

Destaca-se que controlar políticas públicas requer muito mais do que um juiz “boca da lei”, mas um agente público preocupado com os destinos de toda uma comunidade. Logo, “[...] as questões constitucionais que envolvem a materialização dos planos de governo merecem um juiz capaz de dar-se conta do conjunto de mazelas que assola a sociedade, das desigualdade e dos férteis campos de patrimonialismo brasileiros.”⁵⁹⁶

Portanto, é preciso reconhecer que passou-se “da falta de efetividade à judicialização excessiva”. Conforme Luís Roberto BARROSO, “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.”⁵⁹⁷

Posto isso, Daniel Wunder HACHEM leciona que “há uma proliferação de provimentos judiciais fundados mais na emoção do que na razão e , que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de prestações que extrapolam os limites da razoabilidade, seja por sua inacessibilidade no âmbito nacional, seja por sua falta de essencialidade.”⁵⁹⁸

Nesse sentido, Luiz Roberto BARROSO afirma:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 3.

⁵⁹⁵ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Op. cit., p. 205-206.

⁵⁹⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit., p. 307-308.

⁵⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta...*, p. 3; BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 32.

⁵⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela...*, p. 50.

Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.⁵⁹⁹

Logo, outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas.

Cada magistrado consciente sente-se responsável por aquele necessitado que, em ação individual, procura o Poder Judiciário para obter uma prestação de saúde.

Com efeito, “um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde não autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etéreas do orçamento e das necessidades do restante da população.” Essas questões não são visíveis no momento da decisão jurídica e elas têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou seja, pela dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.⁶⁰⁰

José Renato NALINI trata da dificuldade do magistrado “raciocinar com a lógica de Governo, que o acusa de fazer justiça no varejo e produzir injustiça no atacado.” O juiz, formado à luz da ciência jurídica, reflete “consoante princípios que estão solidificados em sua consciência profissional, ou seja, tratar desigualmente os desiguais [...] e favorecer a parte mais frágil.”⁶⁰¹

Ademais, o juiz brasileiro não sabe e não é cientificado de que e por que um novo medicamento não é aprovado pela ANVISA; por que uma prótese não é autorizada pelo plano de saúde.

O cenário atual, no qual se insere a magistratura, nas demandas de saúde compreende “[...] a falta de recursos para a saúde pública, a má gestão desses recursos e o descompasso entre Município, Estado, Distrito Federal e União, que apesar dos limites mínimos em saúde definidos, quando muito conseguem obedecer a esse teto legal, não ampliando a rede pública, não modernizando a rede física com equipamentos e não oferecendo serviços fundamentais para a saúde da população.”⁶⁰²

⁵⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 30.

⁶⁰⁰ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 200.

⁶⁰¹ Ibidem, p. 201.

⁶⁰² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Op. cit., p. 446.

Diante desse quadro, Ana Paula BARCELLOS explica que “[...] é difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político.” E a referida doutrinadora adverte que é necessário que ele “[...] atente a convicção sólida a respeito dos limites de seu papel no âmbito do Estado Democrático de Direito e pela certeza de que há meios jurídicos aptos a impor ao Poder Público a prestação na área da saúde.”⁶⁰³

Há de se imaginar o receio do magistrado ao decidir uma questão como essa diante da dúvida de se estar diante de uma fraude,⁶⁰⁴ a necessidade de decisões urgentes com risco à vida do paciente, o temor de ordenar a dispensa de determinado medicamento de elevado custo quando não se tem a certeza da existência de tratamento alternativo para a mesma patologia, dado o limitado conhecimento do julgador em área tão técnica. E, ainda, acrescentem-se os argumentos trazidos pelo Poder Executivo, que indicam os limites dos recursos públicos.⁶⁰⁵

Contudo, neste momento, o Poder Judiciário, “[...] não se encontra preparado para dar as respostas que a comunidade almeja, notadamente no que se refere aos membros que integram o 1º grau de jurisdição, que necessitam de conhecimentos multidisciplinares e de abeberar-se em fontes outras que não somente a jurídica para decidir sobre o direito à saúde.”⁶⁰⁶

Uma solução para tal problema poderia estar na capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Dessa forma, acredita-se que eles terão uma postura mais técnica e racional no trato das referidas questões, deixando as suas impressões psicológicas e sociais, em segundo plano.

⁶⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 322-323.

⁶⁰⁴ A esse respeito veja as seguintes notícias sobre a “máfia das próteses”: G1. Fantástico. *Máfia das Próteses Coloca Vidas em Risco com Cirurgias Desnecessárias*. 05 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 15 jan 2015; G1. Fantástico. *Justiça Condena Sete Envolvidos em Fraudes com Próteses no RS*. 13 jan. 2015. <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/justica-condena-sete-envolvidos-em-fraudes-com-proteses-no-rs.html>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁶⁰⁵ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Soluções Alternativas de Conflitos são Possíveis na Área da Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 488.

⁶⁰⁶ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Op. cit.*, p. 446.

Para minimizar a judicialização, Angélica CARLINI sugere a criação das câmaras técnicas, isto é, mecanismos de auxílio aos magistrados para fornecimento de argumentação técnica a ser adotada na solução dos casos concretos.⁶⁰⁷

As referidas câmaras consistem em “grupos multiprofissionais que analisam os casos judiciais e fornecem laudos técnicos para os magistrados alicerçarem suas decisões em processos que pleiteiam medicamentos, tratamentos, internações em hospitais, próteses.”⁶⁰⁸

Mister se faz também a criação de varas especializadas,⁶⁰⁹ núcleos e grupos de acessoriamente e estudo, estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre os Poderes constituídos para a solução de problemas de grande envergadura, com a participação de magistrados, procuradores, defensores públicos, advogados, especialistas, cientistas da área da saúde, são ideias que começam a se materializar e despontar no cenário nacional.⁶¹⁰

Neste contexto, exemplifica-se o caso de alguém que sofra de glaucoma e proponha uma ação contra o Estado para obter a medicação de que necessita. Perante esse caso, o magistrado, provavelmente, deva considerar que o direito à saúde é um direito fundamental previsto na Constituição e que dele deriva o direito a medicamentos. E ele também haverá de refletir sobre “[...] a realização do referido direito, que é uma resposta a uma questão de política pública; a questão sobre a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde e a maneira de o fazer.”⁶¹¹

Ademais, Sueli Gandolfi DALLARI destaca que o julgador deve certificar-se de que as políticas públicas de saúde, relacionadas à prestação de serviços públicos necessários à garantia do direito à saúde, foram elaboradas segundo o processo previsto constitucionalmente, especialmente se a comunidade participou de sua

⁶⁰⁷ CARLINI, Angélica. Op. cit., p. 178-179.

⁶⁰⁸ Idem.

⁶⁰⁹ O CNJ recomendou ao Judiciário a criação de varas especializadas em direito à saúde: “Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 43 de 20 de Agosto de 2013. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, foi o precursor do país na instalação de uma vara especializada em saúde (na Fazenda Pública). CORREIO DO POVO. *Quando a Justiça é o Único Caminho*. Porto Alegre, 07 abr. 2014, p. 17.

⁶¹⁰ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Op. cit., p. 447.

⁶¹¹ ZANITELLI, Leandro Martins. *Custos ou Competências? Uma Ressalva à Doutrina da Reserva do Possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 191.

formulação e segue controlando sua implementação (art. 198, III da Constituição Federal). Assim, “é indispensável que todas as suas decisões sejam amplamente motivadas para permitir o exame de sua adequação às exigências constitucionais e legais aplicáveis.”⁶¹²

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que os direitos fundamentais foram negados de uma forma tão intensa, em face da reserva do possível, que houve um movimento de reação do Judiciário também em sentido acentuado. Assim, passou de um momento de omissão do Poder Público a um descontrole dessa atuação como um todo.

Trata-se de um *hard case*, pois o ordenamento jurídico não oferece uma resposta prévia para esta questão. O Poder Judiciário vê-se na contingência de busca apoio em argumentos de princípio⁶¹³ e ponderar sobre qual dos valores em jogo tem mais peso; não só abstratamente, mas em relação às situações em concreto. E “a insegurança jurídica toma, aqui, proporções bem mais assustadoras aos olhos dos operadores tradicionais e dos leigos, já que podemos dizer que não há outra solução a não ser a tentativa de buscar o consenso.”⁶¹⁴

Entende-se que “as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição.”⁶¹⁵

Contudo, atualmente não se sabe como chegar a fórmula de um ativismo judicial moderado, cujos limites devem ser procurados na própria Constituição, com a racionalização da atividade judicial. O Brasil é um país com dimensões continentais, há diversos juízes com interpretações distintas, quer entre juízes do mesmo grau de jurisdição, quer em grau de recurso.

⁶¹² DALLARI, Sueli Gandolfi. A Democracia Sanitária e o Direito à Saúde: Uma Estratégia para sua Efetivação. In: JORNADA DE DIREITO À SAÚDE, I, São Paulo, 14-16 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/CNJdsaudeDALLARI.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁶¹³ Ronald DWORKIN prefere que os tribunais laborem suas decisões por meio de princípios. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral e que deve tomar essas decisões elaborando e ampliando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o Governo deve tratar as pessoas como iguais”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101.

⁶¹⁴ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos...*, p. 29.

⁶¹⁵ LUPION, Ricardo. *O Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Impessoalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 324.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Félix FISCHER, destaca que: “[...] conclama os Juízes à responsabilidade da toga – alertando sobre o risco de descrédito do próprio Poder Judiciário – ao desvendar as relações de tensão subjacentes à efetividade dos comandos constitucionais em contrapartida às possibilidades econômicas para a sua realização.”⁶¹⁶

Destaca-se o posicionamento de Octavio Campos FISCHER, para quem:

“[...] é necessário asseverar que o discurso da Reserva do Possível deve ser tomado a sério pelo Poder Judiciário. Não pode este deixar-se levar por qualquer argumentação, que visivelmente tenha o intuito de inviabilizar a concretização de direitos dos cidadãos. Do contrário, o argumento da Reserva do Possível, efetivamente, torna-se-á um manto legitimador para a falta de vontade na concretização normativa da Constituição.”⁶¹⁷

Portanto, há um longo caminho a percorrer. Este estudo objetivou tratar das principais discussões a respeito do tema diante de sua relevância ao cenário jurídico e à sociedade brasileira. Sabe-se que ainda se esta trilhando o caminho que levará à uma solução definitiva para a relação estabelecida, no caso do direito fundamental à saúde, entre ativismo judicial e orçamento. Enfim, entende-se que, no caso do direito à saúde, o julgador deve levar em consideração que “as necessidades devem ser ponderadas e ela deve ocorrer, preferencialmente, no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária.”⁶¹⁸

⁶¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 5.

⁶¹⁷ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos...*, p. 30.

⁶¹⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Op. cit., p. 98.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões.

1. O direito à saúde, de cunho marcadamente social e fruto de intensas lutas históricas, deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde bem como para a redução do risco de doenças e outros agravos. Este direito está positivado na Constituição Federal de 1988, nos arts. 6º e 196 a 200, e na legislação infraconstitucional, inclusive nas leis n. 8.080/90 (lei orgânica da saúde) e 8.142/90. Pode-se dizer que o direito à saúde é um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal. E esse direito é compreendido como fundamental, sob o aspecto formal e material, com as consequências daí advindas, ou seja, a qualidade de direito subjetivo e a condição de cláusula pétrea. Ainda, o princípio do não retrocesso social constitui-se como mecanismo de barreira às afrontas ao direito à saúde já concretizado, por quaisquer dos poderes do Estado.

Com efeito, o direito à saúde, assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais atuando enquanto direito de defesa (abstenção do Estado e de terceiros de forma indevida na saúde) e a prestações (promoção, proteção e recuperação da saúde). Nessa dimensão prestacional, desponta o serviço público como instituto que, por excelência, permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais, inclusive do direito à saúde.

Além disso, a Constituição Federal impôs expressamente o dever do Poder Público formular políticas públicas (art. 196). Ela são compreendidas como um processo ou conjunto de processos que culminam na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito.

A principal política sanitária do Estado brasileiro consiste no Sistema Único de Saúde que é orientado pelos princípios da universalidade, equidade, integralidade da atenção à saúde e organizado de maneira descentralizada, regionalizada, hierarquizada e com participação da população. O SUS é definido como o conjunto de ações e serviços de saúde - de promoção, prevenção, cura e reabilitação - prestados por órgãos e instituições públicas no âmbito federal, estadual e municipal assim como de Administração Pública direta e indireta, e pelas fundações mantidas pelo Poder Público.

O Sistema Único de Saúde representa muitos avanços na área da proteção e promoção do direito à saúde. Desde 1988 até hoje, não foram poucas as suas realizações, o que comprova a viabilidade e a capacidade resolutiva de um sistema baseado no direito universal à saúde. Contudo, ele enfrenta desafios devido a existência de ineficiências na sua execução, tais como: a) O SUS é uma promessa descumprida, pois apesar da proclamação de intenções na Constituição Federal, a realidade é bem diferente (maltrato em uma emergência, situação precária dos hospitais e prontos-socorros, atendimento insuficiente, falho ou em desconsideração com os preceitos humanitários, sentimento de desconfiança em relação ao mundo médico). A nação ávida de tributos que oneram o brasileiro não devolve em qualidade de serviço algo compatível com seu apetite fiscal. Trata-se da precariedade da saúde pública; b) O sistema público de saúde é ineficiente por diferentes motivos nas cinco regiões do País, principalmente sob quatro perspectivas: investimentos; condições socioeconômicas da região; qualidade e capacidade de atendimento e nível de desenvolvimento dos profissionais de saúde; c) Os fatores socioeconômicos estão ligados ao nível de saúde da população, mas a realidade sanitária ainda não demonstra que as atividades preventivas representam prioridade do Poder Público. Assim, a falta de políticas públicas eficientes de habitação, acesso ao sistema de abastecimento de água e saneamento básico, - problemas que poderiam ser preventivamente evitados - resultam também na ineficiência da saúde.

Portanto, embora haja previsão normativa e a Administração Pública realize políticas públicas de saúde, o direito à saúde não é concretizado conforme os seus ideais. Observa-se que há casos de inércia e omissão da Administração Pública. Por isso, os tribunais passaram a ter uma atitude mais ativa visando a promoção do direito à saúde.

2. O Poder Judiciário tem atuado, de forma mais ativa na análise de suas decisões, a fim de implementar as previsões constitucionais, relativas à saúde, que julga inadequadamente tratadas pelo Poder Executivo. Trata-se da manifestação do ativismo judicial ou da judicialização da política.

A análise do *judicial review* demonstra a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política. Essa experiência norte-americana serve de exemplo e pode ser adaptada ao caso brasileiro, que

enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas.

Nesse contexto, é mister ressaltar a distinção entre duas formas de protagonismo judicial. No ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, na judicialização ele provém da vontade do legislador constituinte tal qual exercida em macrocondições jurídicas. A distinção entre os institutos reside na origem da atuação judicial para além dos limites da interpretação.

Ainda, o oposto do ativismo é a autorrestrição ou a auto-contenção judicial (*self restraint*), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Essa doutrina restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. Todavia, verificou-se que no contexto da Constituição Federal de 1988, a referida teoria não se sustenta, eis que a partir da Lei Maior deve-se dar um novo papel ao Judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde. Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas legais (o desrespeito ao princípio da separação dos poderes). Outra objeção alega que o Judiciário não responderia politicamente pelo povo, pois ele não seria democraticamente legítimo para dizer quais são as suas necessidades, cabendo esta decisão ao próprio povo, através dos órgãos eleitos (o caráter antidemocrático da intervenção judicial). Ainda, alega-se que o acesso a justiça atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação (desigualdade no acesso à justiça). Em sentido diverso, há doutrinadores que defendem que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal porque consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Contudo, as críticas lançadas não possuem força suficiente para limitar ou obstar a jurisdição constitucional no âmbito dos direitos sociais, pois quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configura um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação desses

direitos. Logo, o Judiciário tem legitimidade para intervir nas políticas públicas, em especial as sanitárias, pois ele recebeu a competência de zelar pelo cumprimento da Constituição corrigindo a atuação desregrada dos outros Poderes. Portanto, defende-se que o ativismo judicial não decorre de uma postura inconsequente dos juízes sendo reflexo de uma realidade social carente de tutela e cansada de omissões estatais passando a ter os juízes uma cota de responsabilidade no processo de inclusão dos excluídos.

Entretanto, nessa atuação judicial destaca-se a ausência do estabelecimento de critérios e de orientações aos magistrados, de como devem decidir as questões relativas à concretização do direito à saúde. Assim, face o crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde, surgiu a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica por parte do Poder Judiciário. Ele tem atuado, através do Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Tutela Antecipada n. 175) e do Conselho Nacional de Justiça (Fórum Nacional do Judiciário para a saúde, Comitês Estaduais de Saúde e recomendações aos juízes), com o objetivo de oferecer parâmetros e diretrizes à atuação judicial em saúde para que assim se possa planejar e controlar essas questões e torná-las mais eficientes, céleres e acessíveis.

Posto isso, uma solução encontrada para o não atendimento do direito à saúde, devido à omissão do Poder Executivo em realizar políticas públicas de saúde eficientes, foi a atuação do Poder Judiciário no sentido de implementar as previsões constitucionais. Contudo, ainda nessa possibilidade há problemas, pois essa atitude proativa dos juízes (ativista) gera uma forte tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas que são compelidos a garantir o direito à saúde, geralmente, de forma diversa da estabelecida pela política do governo e, muitas vezes, além das possibilidades orçamentárias. Diante disso, vislumbrou-se que o ativismo judicial, principalmente na área de saúde, encontra uma limitação de ordem financeira.

3. Assim, é mister examinar a relação entre orçamento, reserva do possível e decisões judiciais sobre a saúde. Analisando a questão financeira conclui-se que todos os direitos fundamentais têm custos, mas os recursos necessários a sua implementação são finitos.

Em face da limitação de recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais ao mesmo

tempo, passou-se a sustentar, a teoria da reserva do possível (o limite orçamentário). O modelo jurisprudencial (decisões *numerus clausus*) e teórico da reserva do possível originou-se na Alemanha e conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pelo Brasil. Entretanto, o tema evoluiu e atualmente é entendido como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários. Ela passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos. Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

Diante disso, pode-se dizer que o ativismo judicial em relação ao direito à saúde enfrenta problemas de ordem financeira sendo a teoria da reserva do possível um limite fático, pois não pode ser buscado aquilo que não existe. Esse limite implica na análise da justiciabilidade das alocações orçamentárias, ou seja, na discussão acerca da legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Questiona-se se é admissível o Poder Judiciário impor tarefas de ordem econômica aos demais Poderes.

Essa intervenção judicial no orçamento público tem se verificado através da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros. Tratam-se de sentenças aditivas, das decisões que implicam aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado.

Diante disso, há quem defenda que o Poder Judiciário não pode ser um agente do orçamento público, pois na análise judicial de um caso concreto, o juiz não pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas. Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico (*déficit de expertise*) necessário para instituir políticas públicas. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. Por outro lado, há doutrinadores que defendem a

sindicabilidade do orçamento ressaltando a necessidade de atendimento das disposições constitucionais.

Enfim, ainda não se chegou a uma solução nos casos em que a efetivação de um direito fundamental, como a saúde, enseja alteração nas alocações orçamentárias. O Poder Judiciário, numa postura ativista, tem avocado para si esse importante papel. Por outro lado, o Poder Executivo tem insistido no argumento de que ele é o órgão apropriado para eleger as escolhas alocatícias e, em observação aos parâmetros traçados na Constituição, de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político. Essa é a problemática de fundo do tema da presente pesquisa, tema que deve ainda ser delimitado a partir de uma perspectiva crítica e sempre vinculada aos cânones do Estado Democrático de Direito.

Face à discussão da existência de um limite fático ao ativismo judicial, a reserva do possível, bem como da possibilidade de interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, também foram analisadas as chamadas novas tendências do ativismo na promoção do direito fundamental à saúde. Essa reflexão foi realizada a partir de três aspectos relativos as decisões judiciais acerca da saúde.

Assim, foi examinada a ponderação de bens, que aliada ao princípio da proporcionalidade, constitui-se como um critério apto oferecer a solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais. Contudo, muitas críticas são feitas a essa técnica de decisão jurídica, inclusive que o método da ponderação atribui margem exagerada de discricionariedade aos juízes para escolha dos princípios a serem aplicados ao caso concreto. Por isso, foi analisada a teoria da argumentação jurídica elaborada por Robert ALEXY, no momento intitulado de pós positivismo, que busca combater o argumento de arbitrariedade das decisões. Nesse contexto, é preciso haver racionalidade (vinculação ao sistema jurídico em vigor e responder porque uma determinada solução deve ser adotada e não outra) e justificação (necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras possíveis).

No caso do direito fundamental à saúde, embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar esse direito, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte do julgador, quando em análise de um caso concreto. E, dentro desse ônus argumentativo, deve caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. A questão está no ônus argumentativo que o julgador deverá

usar, depois de encontrar a norma de decisão (o que ocorre quando, mediante a técnica da ponderação, demonstrar porque afastou um princípio, naquele caso concreto, demonstrando que esta decisão é a mais razoável e proporcional).

Outra questão importante acerca da atuação dos julgadores no trato do direito à saúde analisa se os juízes devem se preocupar com as consequências jurídicas advindas de suas decisões considerando a questão relativa ao custos dos direitos.

No sistema brasileiro se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, tendo-os como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade. Dessa forma, alguns julgadores desprezam a questão relativa aos custos destes direitos (considerada um interesse secundário do Estado, quando se está em jogo a vida e a saúde humanas), determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional. Assim, são colocadas em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Contudo, entende-se que, apesar do uso exaustivo do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que gerou certa reação de descrédito, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada. Por isso, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação.

Propugna-se pelo comprometimento dos juízes com as consequências de suas decisões através de uma racionalização da atuação judicial sanitária, que considera a posição do Estado, seus recursos e políticas. E face aos apelos da doutrina, inclusive dos defensores da análise econômica do direito, há uma mudança. Alguns magistrados passam a considerar os aspectos financeiros em suas decisões, ainda que de maneira muito tímida.

Por fim, há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária.

Com efeito, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes, a

Administração não têm ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas. Ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas. A doutrina já destaca que vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. Tal situação é interessante para os governos, pois ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos através de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Para minimizar esses efeitos da judicialização, a doutrina sugere a criação de câmaras técnicas e varas especializadas bem como a capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária.

Por fim, conclui-se que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível, em relação ao direito à saúde, podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição. Portanto, há um longo caminho a percorrer. As possibilidades, no caso do direito à saúde, devem ser ponderadas e ela deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AGUILAR, Adélia Martins de. *Orçamento Participativo*. In: CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cyntia Rúbia Braga; AMABILO, Antônio Eduardo de Noronha (coords.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: Ed/UEMG, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Cândice Lisbôa. *Direito à Saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social*. 214 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Belo Horizonte, 2013.

ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. *Hermenêutica Contemporânea dos Direitos Fundamentais*. *Revista Direito e Liberdade - ESMARN*, Natal, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito Escassez e Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Judicialização do Acesso ao SUS: Concepções Jurídicas e Escolhas Públicas*. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (coords.). *Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Saúde Direitos de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 133.

_____.; MELO, Danielle. *Há Direitos acima dos Orçamentos?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-99.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Commemorating the 200th Anniversary of Marbury v. Madison*. Disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publiced/lawday/marbury.auth_checkdam.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 ago. 2013.

_____. *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2012.

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: Perspectivas e Desafios*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 85-110.

BAHIA, Lígia. *O SUS e os Desafios da Universalização do Direito à Saúde: Tensões e Padrões de Convivência entre o Público e o Privado no Sistema de Saúde Brasileiro*. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Sílvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (orgs.). *Saúde e Democracia: História e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 407-449.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, Políticas Públicas e o Cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, ano 24, n. 408, set. 2012, p. 97-101.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais*. 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2011.

_____. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____.; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 59-86.

BARBOZA, Maria Cristina. Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista Saber Jurídico*, 10. ed, Feira de Santana, 2013. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao10/convidados/Eficacia-constitucional-artigo.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____.; BARCELLOS, Ana Paula. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BECK, Martha. Carga tributária bate recorde e chega a 37,65% do PIB, diz estudo. *O Globo*. 28 jan. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/carga->

tributaria-bate-recorde-chega-3765-do-pib-diz-estudo-11433593>. Acesso em: 24. out. 2014.

BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. *Decisões Judiciais e Orçamento Público no Brasil: Aproximação Empírica a uma Relação Emergente*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 193-236.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. (trads.). São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A Tensão entre o “Mínimo Existencial” e a “Reserva do Possível” na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Conselho de Ética Instaura Processo por Quebra de Decoro contra Jair Bolsonaro*. 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/479547-CONSELHO-DE-ETICA-INSTAURA-PROCESSO-POR-QUEBRA-DE-DECORO-CONTRA-JAIR-BOLSONARO.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Declaração do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*. São Paulo, nov. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/declaracao_do_i_encontro_do_forum.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Evento Debaterá Limites do Papel do Judiciário na Garantia de Direito à Saúde*. 12 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28507:jornada-debatera-limites-do-papel-do-judiciario-na-garantia-de-direito-a-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Jornada Aprova 45 Enunciados para Auxiliar em Decisões da Justiça na Área da Saúde*. 19 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28564-jornada-aprova-45-enunciados-para-auxiliar-em-decisoes-da-justica-na-area-da-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados Aprovados na Jornada de Direito à Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fórum do Judiciário para a Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Quantidade de Demandas nos Tribunais. Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais até 2011. Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais – Dados Enviados até Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *O Financiamento da Saúde*. v. 12, Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação Estruturante do SUS*. v. 13. Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *A Lei n. 141/2012 e os Fundos de Saúde*. Brasília: CONASS, 2013.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Peça 19 do Processo n. 026.797/2013-5. Maio 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2014.

BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública n. 5021354-24.2013.404.7200/SC. Terceira Vara Federal de Florianópolis. Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira. Julgado em: 16 dez. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundo Nacional de Saúde. *Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde: Manual Básico*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde no Brasil*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. *Avaliação Econômica em Saúde: Desafios para Gestão no*

Sistema Único de Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/avaliacao_economia_desafios_gestao_sus.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Informática do SUS. DATASUS. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=01>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 493811/SP. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 11 nov. 2003. Publicado no DJ em: 15 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. Publicado no DJE em: 28 maio. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238328/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 16 nov. 1999. Publicado no DJ em: 18 fev. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 set. 2000. Publicado no DJ em: 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255627/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgado em: 21 nov. 2000. Publicado no DJ em: 23 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 dez. 2006. Publicado no DJ em: 2 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 233/PE. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para acordão: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 14 abr. 2008. Divulgado no DJE em: 9 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado no DJE em: 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 361/BA. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 23 jun. 2010. Publicado no DJE em: 13 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 716777/RS. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 09 abr. 2013. Publicado no DJ em: 16 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 626382/RS. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 27 ago. 2013. Publicado no DJE em: 11 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 2 dez. 2014. Divulgado no DJE em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Décimos Quintos Embargos Infringentes na Ação Penal n. 470. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 22 maio 2014. Publicado no DJE em: 03 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 29 abr. 2004. Publicado no DJ em: 4 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 abr. 2012. Publicado no DJE em: 30 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública de Saúde. 12 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71373. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 10 nov. 1994. Publicado no DJ em: 22 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76060. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 31 mar. 1998. Publicado no DJ em: 15 maio 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 17 set. 2003. Publicado no DJ em: 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.623. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 17 dez. 1992. Publicado no DJ em: 28 maio 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.689. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 16 dez. 1993. Publicado no DJ em: 07 abr. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.832. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 18 mar. 2004. Publicado no DJ em: 18 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 04 out. 2007. Publicado no DJE em: 17 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2040. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 21 fev. 2002. Publicado no DJ em: 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 242859/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 29 jun. 1999. Publicado no DJ em: 17 set. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 256327. Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 25 jun. 2002. Publicado no DJ em: 13 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28487/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 26 fev. 2013. Publicado no DJE em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 11 nov. 2008. Publicado no DJE em: 18 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 032.624/2013-1. Relator: Benjamim Zymler. Julgado em: 26 mar. 2014. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=502278>. Acesso em: 27 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 2006.04.00.039425-9/SC. Quarta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Julgado em: 18 dez. 2006. Publicado no DJE em: 25 jan. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 5010300-64.2012.404.0000/PR. Terceira Turma. Relator: Fernando Quadro da Silva. Julgado em: 20 mar. 2013. Publicado no DJE em: 21 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento n. 0000001-38.2015.4.03.0000/SP - 2015.03.00.000001-3/SP. Quarta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Alda Basto. Julgado em: 21 jan. 2015. Divulgado no DJ em: 26 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5000936-12.2011.404.7208/SC. Terceira Turma. Relator: Nicolau Konkel Júnior. Julgado em: 25 jul. 2012. Publicado no DJE em: 27 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5005575-63.2012.404.7006. Terceira Turma. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Julgado em: 18 set. 2013. Publicado no DJE em: 19 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação em Reexame Necessário n. 5016363-73.2011.404.7200/SC. Terceira Turma. Relator: Fernando Quadros da Silva. Julgado em: 15 jan. 2014. Publicado no DJE em: 16 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Recurso Extraordinário e Recurso Especial em Apelação em Reexame Necessário n. 5000785-74.2010.404.7016/PR. Terceira Turma. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em: 24 abr. 2012. Publicado no DJE em: 2 maio 2012.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. 246 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: _____. (coord.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSS, Paulo Marchiori. *Uma Introdução ao Conceito de Promoção da Saúde*. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (orgs.). *Promoção da Saúde: Conceitos, Reflexões e Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 19-42.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: The Fels Lectures on Public Policy Analysis*. New York: Norton, 1978.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O Cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29 no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, jul. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANUT, Letícia. Uma Breve Introdução ao SUS para Compreensão do Direito à Saúde no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 186-214, jul./dez. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de

(trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARLINI, Angélica. *Da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cyntia Rúbia Braga, AMABILO, Antônio Eduardo de Noronha (coords.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: Ed/UEMG, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, Revista dos Tribunais, p. 28-39.

_____. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas Notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (orgs.). *Estudos de Direitos Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COASE, Ronald Henry. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3 (1), 1, 1960.

_____. *Essay on Economics and Economists*. Chicago: University Chicago Press, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORREIO DO POVO. *Quando a Justiça é o Único Caminho*. Porto Alegre, 07 abr. 2014.

COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. Descentralização, Financiamento e Regulação: A Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a Década de 1990. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 18, jun. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 set. 2013.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Norte para o Desenvolvimento do Direito à Saúde no Brasil. In: CONFERÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DE PESQUISA

ECONÔMICA APLICADA (CODE-IPEA), 2, 2011, Brasília, *Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2006.

CZERESNIA, Dina. *O Conceito de Saúde e a Diferença entre Prevenção e Promoção*. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (orgs.). *Promoção da Saúde: Conceitos, Reflexões e Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 43-58.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *A Democracia Sanitária e o Direito à Saúde: Uma Estratégia para sua Efetivação*. In: JORNADA DE DIREITO À SAÚDE, I, São Paulo, 14-16 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/CNJdsaudeDALLARI.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

DIAS, Cibele Fernandes. *Direito Constitucional Didático*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos Gerais das Características dos Direitos Fundamentais. Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 23 mar. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Definição e Características dos Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009, p. 118-135.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Caroline Pessoa de. *Aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas Decisões Judiciais. Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 21, out./dez. 2012, p. 124-144.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho y Outros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. CIPOLLA, Marcelo Brandão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. BOEIRA, Nelson (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. SIMÕES, Jussara (trad.). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Igualdade como Ideal. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2013.

FENSTERSEIFER, Jaime Evaldo; PAIVA, Ely Laureano; CARVALHO JUNIOR, José Mario de. *Estratégia de Produção e de Operações*. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: O Poder Legislativo de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Leonardo de Araújo; MARCHESANI, Juliana Mara; ARAÚJO, Silvia Costa Pinto Ribeiro de. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 29, v. 81, n. 4, out./dez. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais: Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, jan./mar. 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional (A&C)*, Belo Horizonte, n. 11, jan./mar. 2003, p. 141-165.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. *Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISCHER, Octavio Campos. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário*. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 279-294.

_____. *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Entenda a CPI dos Correios*. 01 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u71875.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2014; FAVERO, Daniel. Lembre do Escândalo dos Anões do Orçamento que Completa 20 Anos. *Terra*. 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lembre-do-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. *Mensalão: O que é, Julgamento, Acusados e Crimes*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/>>. Acesso em: 13 out. 2014.

FORTINI, Cristiana. O Controle Judicial de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 329-340.

FREITAS, Eduardo de. População Brasileira: A Distribuição da População Brasileira Caracteriza o Brasil como um País Pouco Povoado. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-brasileira.htm>>. Acesso em 27 de novembro de 2014.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRISCHEISEN, Luiz Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informação. Nota Técnica 1. *Déficit Habitacional no Brasil 2011-2012: Resultados Preliminares*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informação, 2014.

G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

G1. *Juiz Condena Ex-Prefeito, Vereador e Secretária de Educação de Itu*. 10 mar. 2015. <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/03/juiz-condena-ex-prefeito-vereador-e-secretaria-de-educacao-de-itu.html>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAZETA DO POVO. *Prefeitura vai Investigar Hospital por não ter atendido ex-prefeito*. 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=13...refeitura-vai-investigar-hospital-por-nao-ter-atendido-ex-prefeito>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

GENOSO, Gianfrancesco. *Princípio da Continuidade do Serviço Público*. 148 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2011.

GOIS, Chico de; BRAGA, Isabel. Sob Protesto, Câmara Instala CPI para Investigar Corrupção na Petrobrás. *O Globo*. 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/sob-protesto-camara-instala-cpi-para-investigar-corrupcao-na-petrobras-15444233?topico=cpi-da-petrobras>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GRAMANI, Maria Cristina. Inter-Regional Performance of the Public Health System in a High-Inequality Country. *PLOS ONE*, 9 (1), 2014. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0086687>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley*. CAMAZANO, Joaquín Brage (trad.). Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (trad.). 2 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A Utilização do Mínimo Existencial como Critério de Exigibilidade Judicial dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Reflexões Críticas. *Revista de Direito (UNISC)*, Santa Cruz do Sul, n. 4, ago./ out. 2013, p. 90 – 141.

_____. Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma Implementação Espontânea, Integral e Igualitária. 614 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2014.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Definition & Theory in Jurisprudence*. In: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. D'ANGINA, Rosina (trad). São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. *A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Empírica*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 383-416.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. *Cadernos CEDES*, v. 21, n. 55, nov. 2001, p. 30-41.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.

IBOPE. *Retratos da Sociedade Brasileira: Saúde Pública*. Brasília: CNI, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008*. Rio de Janeiro, 2010.

_____. *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2012*. Estudos e Pesquisas, Informação Geográfica n. 9, Rio de Janeiro, 2012.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. LOS RIOS, Fernando de (trad.). Buenos Aires: B de F, 2005.

JUNG, Thais Michelle Wikler. *Reserva do Possível: Entre a Concretização de Direitos Sociais Prestacionais e o Sistema Orçamentário Constitucional*. 155 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. MACHADO, João Baptista (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144 out./dez.

1999, p. 239-260. Disponível em:
 <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

LANDMARK CASES OF THE U.S. SUPREME COURT. *Full Text of the Majority Opinion*. Disponível em:
 <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. *Summary of the Decision*. Disponível em:
 <http://www.streetlaw.org/en/Page/661/Summary_of_the_Decision>. Acesso em: 10 jun. 2014.

LEAL, Mônica Clarissa; SCHUMACHER, Gláucia. A Ponderação de Direitos Fundamentais como Critérios para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Decisionismo (Leia-se Ativismo Judicial) ou Juízo Fundamentado? Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, jan./jun. 2012, p. 202-220.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2010.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da "Reserva do Possível"*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 155-173.

LUNA, Lara. *"Fazer Viver e Deixar Morrer": A Má-fé da Saúde Pública no Brasil*. In: SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: Quem é e Como Vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011, p. 305-327.

LUPION, Ricardo. *O Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Impessoalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais*

Orçamento e Reserva do Possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 311-324.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do Acesso a Medicamentos no Estado de Minas Gerais. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, jun. 2011.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: Do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. *Os Desafios do Estado Moderno, Federalismo e Integração Regional*. 460 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2002.

_____. *A Criação Jurisprudencial do Direito e a Questão da Legitimidade Democrática: O Juiz entre a Legalidade e a Constitucionalidade*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (coords.). *Entre Brasil e Polônia: Um Debate sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 23-35.

_____. *A Lecture on Brazilian Constitutional Law as Visiting Professor at Academician Y. A. Buketov Karaganda State University – Kazakhstan*. Curitiba – Karaganda: Mimeo, 2012.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____.; OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *A Dualidade dos Sistemas Público e Privado de Saúde: Reflexões a partir do Direito Fundamental à Saúde*. In: COELHO, Luiz Fernando; ALVES, Roselí Terezinha Michaloski; ROCHA, Salete Casali (coords.). *Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade*. Francisco Beltrão: Grafisul, 2014, p. 1-43.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set., 2007, p. 169-186.

_____. *Participação Privada na Prestação de Serviços Públicos de Saúde*. 306 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2009.

_____. Saúde: Um Direito Fundamental Social Individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011, p. 21-34.

_____. A Complementaridade da Participação Privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília, v. 2, jan./jul. 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Sílvia Badim. O Princípio Constitucional da Integralidade de Assistência à Saúde e o Projeto de Lei 219/07: Interpretação e Aplicabilidade pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, jul./out. 2009.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do Direito Social à Assistência Farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, fev. 2007.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Soluções Alternativas de Conflitos são Possíveis na Área da Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões Judiciais e Orçamento: Um Olhar sobre a Saúde Pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, nov./fev. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Eduardo. *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 231-278.

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. FERREIRA, Roberto Leal (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Fausto Santos de. *A Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito o (Des)velamento da Discricionariedade Judicial a partir da Perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 218 f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Leopoldo, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito à Sério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Friedrich. *Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – CEPC, 1989.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. NAUMANN, Peter (trad.). São Paulo: Max Limonad, 2000.

NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2014.

NALINI, José Renato. *O Judiciário e a Ética na Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NETO SIQUEIRA, José Francisco. *Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Desafios à Democracia Brasileira*. In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). *Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NICOLODI, Muriel Clève. *Critério e Parâmetros para a Atuação do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais*. 111 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós Graduação em Direito. Curitiba, 2013.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. *Da Denominada Judicialização da Saúde: Pontos e Contrapontos*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e Controle Jurisdicional: Uma Análise Hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 289-309.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a partir do Ativismo Judicial. *Juris Poiesis, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, ano 16, n. 16, p. 401-429, jan-dez. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias et al. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos Fundamentais Não-Enumerados: Justificação e Aplicação*. 327 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Florianópolis, 2005.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira*. 287 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Sousa, António Francisco de; FRANCO, António (trads.). Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Élide G.; FLEURY, Sonia. Custeio do Direito à Saúde: Em Busca da Mesma Proteção Constitucional Conquistada pelo Direito à Educação. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 3, v. 12, mar./jun.2012, p. 54-80.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial*. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2013.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

_____. *How Judges Think*. Boston: Harvard University Press, 2001.

_____. *Frontiers of Legal Theory*. Boston: Harvard University Press, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

REVISTA VEJA. *Desafios Brasileiros: Carga Tributária*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>>. Acesso em: 24. out. 2014.

RIBEIRO, Manuella Lemos. *A Teoria da Reserva do Possível: Origens e Outras Questões Relevantes*. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord.). *Direito Público*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras. *Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Itajaí, v. 15, n. 3, set./dez. 2010, p. 447-460.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. HACHEM, Daniel Wunder. (trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROMANELLI, Sandro Ballande. *A Constituição Norteadora das Paixões: O Protagonismo Judicial como Garantia dos Pré-Compromissos Constitucionais*. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: Aportes para um Constitucionalismo Iguatário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37-52.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. RESENDE, Ana (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia - Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico: Vinte Anos de Construção do Projeto Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu Conteúdo, Eficácia, Efetividade no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; _____. (coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009, p. 213-253.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In: _____.; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13-50.

_____.; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 113 -148.

_____. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____.; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 113-146.

_____. *A Proteção Judicial Dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na Implementação dos Direitos Sociais*. In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). *Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. 214 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 7, jan./dez. 2007.

_____. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251-270.

_____. *Direito Constitucional: Anotações Nucleares*. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campos de Tensão. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 6, Curitiba, 2009.

_____. *Constitucionalização do Direito no Contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43-60.

SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo Judicial. *Folha de São Paulo*. 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/06/1475850-obscurantismo-judicial.shtml>>. 25 jun. 2014. Acesso em: 27 jun. 2014.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SEGATTO, Cristiane. O Paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*. 23 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

SETTI, Ricardo. Tribunal de Justiça de Minas por Unanimidade Anula Processo contra Aécio que vinha sendo Utilizado para Acusá-lo de Desvio de Dinheiro Público. *Revista Veja*. 07 out. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/tribunal-de-justica-de-minas-por-unanimidade-anula-processo-contr-aecio-quevinha-sendo-utilizado-para-acusa-lo-de-desvio-de-dinheiro-publico/>>. Acesso em 20 abr. 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. v. 1 (reserva do possível). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. *Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde: Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos*. 136 f. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Miriam Ventura da. *O Processo Decisório Judicial e a Assessoria Técnica: A Argumentação Jurídica e Médico-Sanitária na Garantia do Direito à Assistência Terapêutica no Sistema Único de Saúde*. 186 f. Tese (doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Programa de Pós Graduação em Ciências na área de Saúde Pública. Defesa: Rio de Janeiro, 18 de abril de 2012.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O Fórum Nacional do Judiciário como Instrumento na Efetivação do Direito à Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 427-449.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 789, abr. 2002, p. 23-50.

_____. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-143.

_____. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

_____. *O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, André Barbieri. *Direitos Fundamentais: Entre as Restrições e o Núcleo Essencial (Considerações sobre o Julgamento do Caso Ellwanger)*. 175. f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: Quem é e Como Vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Constitucionalização do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011, p. 02-37.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Decido conforme a minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Direitos Ambientais no Estado Socioambiental. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL, X, Porto Alegre, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 27 maio 2014.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O Papel das Constituições e do Constitucionalismo na Contemporaneidade: Crise dos Sentidos e Sentidos da(s) Crise(s). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, XI, Curitiba, 01-03 maio 2014. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/simposios.php>>. Acesso em: 27 maio 2014.

_____. Matar o Gordinho ou Não? O Que as Escolhas Morais Têm a Ver com o Direito? *Consultor Jurídico*. 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Juízes Devem Fazer ou Usar a Doutrina Somente na Hora do Lazer? *Consultor Jurídico*. 01 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>>. Acesso em: 10. jan. 2015.

SUZIN, Jederson. *A Implementação do Direito à Saúde: A Legitimidade do Judiciário e seus Limites*. 100 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2012.

TALENTO, Aguirre; ODILLA, Fernanda. Ministério Público de Minas Desiste de Ação de Improbidade contra Aécio. *Folha de São Paulo*. 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1409948-ministerio-publico-de-minas-desiste-de-acao-de-improbidade-contr-aecio.shtml>>. Acesso em 20 nov. 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05. set. 2013.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-62.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005, p. 47-65.

TORRES, Ricardo Lobo. *Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação*. In: ZILLES, Urbano (coord.) *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5 (o orçamento na Constituição). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (coord.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Direito do Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O Mínimo Existencial, Os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63-78.

TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a Vulgata da Ponderação de Princípios. *Consultor Jurídico*. 16 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 2 out. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. *O Sistema Único de Saúde*. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al (orgs.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Editora Hicitec – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; MACHADO, Cristiani Vieira. Proteção Social em Saúde: Um Balanço dos 20 Anos do SUS. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, 2008, p. 645-684. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 set. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *Tempo social*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2013.

VICTORA, Cesar G et al. Health Conditions and Health-Policy Innovations in Brazil: The Way Forward. *The Lancet*, v. 377, n. 9782, maio 2011, p. 2042-2053.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin*. 255 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Defesa: Belo Horizonte, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 set. 2013.

WANG. Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), jul./dez. 2008, p. 539-568.

_____. Courts as Healthcare Policy-Makers: The Problem, the Responses to the Problem and Problems in the Responses. *Direito GV*, São Paulo, n. 75, 02. ago. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2335145>>. Acesso em: 10 out. 2014.

WEBBER, Suelen da Silva. O Panprincipiologismo como Propulsor da Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 305-324.

WLODZIMIERZ, Gromski. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (coords.). *Entre Brasil e Polônia: Um Debate sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 13-22.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Constitution. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2014.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Custos ou Competências? Uma Ressalva à Doutrina da Reserva do Possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 187-192.