



IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

RAFAEL SANTOS REIS CAVALINI

**DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO À SAÚDE:
Comentários ao julgamento da STA 175 no Supremo Tribunal Federal**

Brasília – DF

2013

RAFAEL SANTOS REIS CAVALINI

**DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO À SAÚDE:
Comentários ao julgamento da STA 175 no Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília

2013

Rafael Santos Reis Cavalini

**DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO À SAÚDE:
Comentários ao julgamento da STA 175 no Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília, 20 de agosto de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof., Dr.
Orientador

Prof., Dr.
Examinador

Prof., Dr.
Examinador

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelo momento constitucional existente em vários países - especialmente após a Segunda Guerra Mundial, assegurou um amplo leque de direitos fundamentais, abrindo capítulos específicos para os direitos sociais. Essa positivação somada ao anseio da população por sua efetivação, conferiu ao Poder Judiciário o foco principal de demandas políticas. Entre essas demandas, o direito à saúde, se revela não só a principal, mas a de maior volume de processos no âmbito do Poder Judiciário. No entanto, ao Poder Judiciário cabe observar limites na concessão dessa tutela, para não intervir na função primária do Poder Legislativo e Poder Executivo, de criação das políticas públicas de saúde. Entre estas balizas, estão os institutos do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível. Estes que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de reafirmar quando do julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175.

Palavras-chave: Brasil. Políticas Públicas. Judicialização. Saúde. Direitos Fundamentais. Limites. STA 175. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, influenced for the constitutional moment verified in countries around the world - especially after The World War II, assure an wide range of fundamental rights, creating an specific chapter of social rights. This positivization added to the population searching for its implementation, turn the Judiciary into the main focus of political demands. Among these demands, the right to health is shown as the leading, and the largest number of cases in the Judiciary, as well. However, the Judiciary must observe limits on the grant of this protection without interfere in the primary function of the Legislative and Executive Power, the creation of public health policies. Among these landmarks, the institutes are the "*social minimum*" (existential minimum), the "*human dignity*" and "*under reserve of the possibilities*". Premises that the Brazilian Supreme Court had the opportunity to reaffirm the value when judged the "*Suspension of Injunctive Relief*" nº175.

Keywords: Brazil. Public Policy. Judicialization. Health Fundamental Rights. Limits. STA 175. Human Dignity. Existential Minimum. Under Reserve of the Possibilities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Os Direitos Fundamentais Sociais	11
Os Direitos Sociais na Constituição de 1988	15
O direito à saúde na Constituição Federal de 1988	16
A Judicialização de Políticas Públicas na América latina.....	18
Judicialização de Políticas Públicas no Brasil	20
A judicialização do direito à saúde.....	26
O mínimo existencial, a reserva do possível e a STA 175	30
O mínimo existencial	30
A reserva do possível.....	36
Suspensão de Tutela Antecipada 175.....	39
Parâmetros fixados no Agravo Regimental na STA 175/CE	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal, graciosamente chamada por Ulysses Guimarães de "constituição-cidadã" - fazendo referência ao fato de que houve intensa participação popular na sua elaboração e, por ser uma carta que avançou na positivação de direitos e garantias individuais do cidadão - há uma crescente busca pela efetivação desses direitos através da tutela judicial.

Ao anseio de soluções de questões de larga repercussão política ou social dadas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelos outros Poderes - "instâncias políticas tradicionais", se dá o nome de *Judicialização*¹. A *judicialização das políticas públicas* é tema complexo, e, embora amplamente debatido na doutrina e jurisprudência pátria, está longe de pacificado.

Ademais, é possível constatar sua evolução na grande maioria dos países que adotaram a democracia como base de governo. Ainda, como fator comum, há o surgimento do *Estado de bem-estar social*, com a valoração dos direitos sociais, das garantias do indivíduo - reforçada com o fim da Segunda Guerra Mundial - com a inserção de direitos sociais nas Constituições, com a diminuição da figura do juiz como "boca da lei" (se aproximando do *legislador negativo positivo*²), do controle de constitucionalidade das leis, especialmente do modelo de controle abstrato, qual, entre outros, repercute diretamente na nossa Constituição Federal de 1988, e que por sua vez, instiga aos juízes que tomem decisões de cunho político, sobretudo com motivação em seus fundamentos.

Dessa tutela, cada vez mais frutífera no âmbito do Poder Judiciário, resulta numa população que recorre, com maior frequência, ao Judiciário, passando o juiz a intervir em questões cuja competência típica caberia aos Poderes Executivo e Legislativo, que possuem função direta no planejamento e execução das políticas públicas.

Neste sentido, dessa aparente interferência do Poder Judiciário, é que se situa as maiores celeumas, sendo portanto, necessário que se delimite qual o

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista

² Cf. Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**;

campo e os limites de atuação em tal segmento, sob pena de estar o juiz praticando "ativismo judicial", termo que será melhor explicitado em tópico específico.

Conforme se depreende, a temática se configura de suma importância, não só no âmbito jurídico, vez que ecoa, em todas as áreas do cotidiano, já que representa justamente as causas levadas ao Judiciário. Em consideração, a estas demandas, optou-se por tratar da tendente judicialização de políticas públicas do direito à saúde, visto que, se mostra como a temática que ocupa os holofotes no momento - cite-se as recentes manifestações por todo o país em prol de qualidade nos serviços públicos, em especial a saúde - e o expressivo número de ações judiciais envolvendo a obtenção de prestações materiais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Neste dilema, mister a análise de conceitos que perpassam tais questões, bem como influem na possível solução dos casos, entre estas, o "*mínimo existencial*", a "*reserva do possível*", e a "*dignidade da pessoa humana*".

Insta ressaltar, no entanto que, para adentrar ao tema, é preciso estabelecer como marco inicial o paradigma do modelo de Estado Constitucional de Direito, qual pode se afirmar, vivemos atualmente em nosso País. Assim, ultrapassado o modelo do Estado Liberal e seu dogma do princípio da separação dos poderes, a atuação dos Poderes Públicos deve ser voltada para a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Motivo pelo qual, não será tratado aqui, da suposta "supressão" de função do Poder Legislativo e Poder Executivo, pelo Poder Judiciário, ou seja, a ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isto porque, conforme já firmado, o fenômeno da judicialização não decorreu de uma opção do Poder Judiciário, mas sim, como consequência do cumprimento da sua função constitucional em conformidade com o modelo de Estado em vigor. Em outras palavras, a omissão dos poderes Legislativo, e do Executivo, tornou o poder Judiciário um poder mais atuante. Especialmente, porque embora haja grande produção literária sobre tal temática, a questão aparentemente está solidificada após o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pelo Supremo Tribunal Federal³.

Com efeito, uma das principais características do Estado Constitucional é o controle do poder - *checks and balances* - tendo como primado

³ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.5.2004;

os direitos fundamentais. Cabendo ao magistrado assegurar o efetivo exercício destes direitos quando inibido pela ação ou omissão dos demais poderes da Administração Pública. É então, sob esse enfoque, que partirá o presente estudo, no qual, *“o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais”*⁴.

Não obstante, não parece correto, voltar a discussão para o enfoque da Teoria da Justiça, da Argumentação, e sim, para a melhor forma de se concretizar o máximo possível esses direitos fundamentais.

Neste sentido, o presente estudo será conduzido dentro de uma linha de pesquisa denominada *“dogmático - instrumental”*, na qual se analisa um problema prático do direito, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Primeiramente, no capítulo inicial, se trará a conceituação dos direitos fundamentais, e de sua eficácia, bem como, de sua positivação nas Constituições desses direitos, e em que tal diferenciação reflete na sua aplicação.

Em seguida, no segundo capítulo, será abordada a problemática da judicialização das políticas pública, tecendo comentários acerca da abrangência, e dos limites necessários à atuação do Judiciário. Neste capítulo, será demonstrado, ainda, certa "padronização" de fatores que incidem na judicialização da política, em especial na América Latina, inclusive em países como Venezuela e Colômbia, com particularidades em suas democracias, e que, ademais, se originam mais por fatores externos, do que por uma pretensão direta do Poder Judiciário numa suposta ambição de Poder.

No terceiro capítulo se tratará dos conceitos, de "mínimo existencial", da "reserva do possível", de sua aplicação nos casos em concreto, bem como da chamada escassez de recursos, qual o Estado tem se valido para fundamentar a impossibilidade da prestação efetiva de alguns direitos sociais.

Por fim, no capítulo final, se analisará a Suspensão de Tutela Antecipada 175, do Supremo Tribunal Federal, que representa, a aplicação de todo o debate tratado neste trabalho, no caso em concreto, indo além, definindo parâmetros, ou melhor, balizas, para a orientação da solução dos próximos casos,

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt. Acesso em 01 março de 2011;

referentes a judicialização dos direitos à saúde. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, fez mais que abordar o dilema entre o direito à saúde e o custo desse "acesso universal e igualitário" assegurado na Constituição Federal, firmou, um marco na elaboração de soluções judiciais de contendas relacionadas à saúde.

Os Direitos Fundamentais Sociais

"*Judicialization is socialization.*"

Alec Stone Sweet

Ampla discussão há na doutrina internacional quanto ao conceito de direitos fundamentais sociais, e de sua eficácia. Alguns países, questionam a própria existência dos direitos fundamentais, por não preverem de maneira expressa em suas Constituições ou não atribuírem aos dispositivos eficácia plena. É o caso da Alemanha, cuja Constituição praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa, e do Chile cujo o rol de direitos sociais disposto na Constituição não é assegurado por meios processuais para seu reclamo judicial⁵.

Embora extremamente atraente, não objetiva este trabalho a análise profunda dessa temática. Neste contexto, será adotada a classificação proposta por Robert Alexy, parcialmente anotada por, José Joaquim Gomes Canotilho⁶, qual, por sua vez, tem como ponto de partida a perspectiva multifuncional, e distingue os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica)⁷. Assim, em síntese, além da classificação dimensional - de gerações, se faz necessário uma abordagem dos direitos fundamentais sob o aspecto de um critério funcional, que, dependendo da análise no caso concreto, deve ser dividido em: a) direitos de defesa, b) direitos a prestações. Por sua vez, os direitos de defesa, em função da liberdade do cidadão, invocam uma certa abstenção do Estado - *non facere*, enquanto os direitos prestacionais, demandam uma ação positiva - *facere*, através do Poder Público⁸. Assim, essa divisão parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas⁹.

⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar. GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. p.691;

⁶ GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional**. 5 ed, p. 552 et seq.;

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Ano I. Vol. I. nº. 1, Abril de 2001. Salvador, Bahia, p.13;

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed., passim;

⁹ SARLET. apud, Robert ALEXY, **Theorie der Grundrechte**, p. 405;

De outra vértice, o segundo grupo - os direitos a prestações - se dividem igualmente em dois subgrupos, quais sejam, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social. Há de salientar, que a ambos se aplica a distinção entre direitos derivados e originários a prestações¹⁰.

Na categoria de direitos de defesa, os direitos fundamentais afirmam o domínio da liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público. Ou seja, tem como objetivo limitar o poder estatal assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade. Outorgando, para tanto, um direito subjetivo ao indivíduo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em seu campo de autonomia pessoal¹¹. Discorrendo sobre os direitos de defesa, J.J. Gomes Canotilho, compendia:

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico- subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.¹²

Assim, os direitos fundamentais na sua função defensiva se caracterizam, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário.

Conforme já explicitado, cabe ao Estado além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais a prestações objetivam, além da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), também, a garantia da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e

¹⁰ Ibid., 13;

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., p. 167;

¹² GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional**. 5 ed., p. 552;

manutenção de sua liberdade, depende de uma postura ativa dos poderes públicos¹³.

Assim, enquanto os direitos de defesa - *status libertatis* e *status negativus* - se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços, podem ser reconduzidos ao "*status positivus*" de Jellinek¹⁴, que implicam postura ativa do Estado, o obrigando a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)¹⁵.

Complementando, imperativo ressaltar que também os direitos a prestações não possuem questão assentada de forma pacífica no âmbito jurídico. De forma geral podem variar quanto a seu objeto, seu destinatário e até mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação. Logo, conforme o seu objeto, poder-se-á distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e, direitos a prestações normativas ou jurídicas.¹⁶

José Afonso da Silva, defende que os "*direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais*", sendo portanto, "*direitos que se ligam ao direito de igualdade*"¹⁷. Afirmção que parece parcialmente correta, visto que embora o constituinte de 1988, tenha optado por consagrar os direitos sociais expressamente, obrigando o Poder Público à prestação positiva desses direitos - há que se ressaltar a força de determinados direitos implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios.

¹³ MENDES. GONET. op. cit., p.685;

¹⁴ Georg Jellinek propõe uma teoria, na qual ele separa os quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Das situações descritas nesses *status*, extraem-se direitos e deveres diferenciados por singularidades de natureza. São quatro os *status*: ativo (o indivíduo possui, frente ao Estado, certa competência para influir sobre a formação de vontade, como por exemplo o seu direito de voto, mais precisamente os seus direitos políticos); passivo (o indivíduo sujeita-se a certas subordinações aos Poderes Públicos, o qual pode vincular o indivíduo a certas proibições e mandamentos); positivo (o indivíduo pode exigir do Estados certas prestações, o Estado pode agir em seu favor; negativo (o indivíduo possui certa liberdade frente as ingerências do Estado). Teoria amplamente defendida entre os autores brasileiros, entre eles, Paulo Gonet e Ingo Sarlet;

¹⁵ MENDES. GONET. op. cit.,p.685;

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Ano I. Vol. I. n.º. 1, Abril de 2001. Salvador, Bahia. p.16;

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed., p. 285;

Em abono a tese, Gilmar Mendes¹⁸, ressalta que, "*nos direitos sociais não se identificam apenas pretensões de caráter positivo (direito subjetivo a uma prestação específica)*", já que o dever de restituir e preservar está manifesto nas chamadas garantias institucionais (seguridade social, previdência social). E mais, aponta normas constantes do catálogo de direitos sociais que traduzem "*deveres de proteção*", citando os incisos X, XX, XXII, XXVI, XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal¹⁹.

Ainda, forçoso trazer a colação, afirmação de Ingo Sarlet, qual se remete a J.J. Gomes Canotilho, quando constata que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição também não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais, ao concluir:

Esta ausência de homogeneidade não se baseia apenas no objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa, mas também na diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade, aspecto sobre o qual voltaremos a nos manifestar de forma mais detida. Ademais, também os direitos sociais não se limitam aos expressamente positivados no catálogo, podendo ser sustentada, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, não apenas a existência de direitos não escritos (implícitos e decorrentes do regime e dos princípios), quanto direitos sociais positivados em tratados internacionais e, principalmente, localizados em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social²⁰.

Não é demais ressaltar que, mesmo nos dispositivos da ordem social que integram, entre outros, os direitos fundamentais sociais à saúde, educação, assistência e previdência social, há posições jurídico-fundamentais de natureza eminentemente defensiva e, portanto, negativa. É o que ocorre com o art. 199, "caput" (a assistência à saúde é livre à iniciativa privada), art. 201, § 5º (vedação de benefício previdenciário não inferior ao salário mínimo), bem como o art. 206, incisos I, II e IV (igualdade de acesso e permanência na escola, liberdade

¹⁸ MENDES. GONET. op. cit., p.690-691;

¹⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

²⁰ SARLET. op. cit., p. 20;

de ensino e aprendizagem e a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais)²¹.

Por fim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já citada, há de destacar, que os direitos fundamentais podem ser conceituados como posições jurídicas concernentes às pessoas, que, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal. E, aqui considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais²².

Os Direitos Sociais na Constituição de 1988

Os direitos sociais aparecem positivados pela primeira vez na forma de Título, na Constituição de 1934, em decorrência da forte influência da Constituição alemã de Weimar, característica que perpetuou nas demais Constituições pátrias. A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe um capítulo próprio - *DOS DIREITOS SOCIAIS* (capítulo II do título II) – enquanto nas constituições anteriores, os "direitos sociais" integravam os dispositivos da "ordem econômica" - qual em seu art. 6º afirma serem 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*²³.

Embora aplaudida a iniciativa de ampliar o catálogo de direitos sociais na Constituição de 1988, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, e por ter conferido "*significado ímpar ao direito de acesso à justiça e [criado] mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e*

²¹ Ibid., p. 20;

²² Ibid., p. 11;

²³ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64/10, qual acrescentou "a alimentação" a redação do art. 6º, que já havia sido alterado pela Emenda Constitucional nº 26/00, esta que acrescentou o direito "a moradia" ao mesmo artigo.

mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos"²⁴, quanto a técnica da disposição dos títulos, é criticada por parte da doutrina²⁵.

Não obstante, insta ressaltar que a Constituição brasileira não só prevê expressamente os direitos (fundamentais) sociais, definindo sua forma de prestação, como, não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata²⁶ (art. 5º, §1º, Constituição Federal²⁷).

O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

O direito fundamental à saúde, ganha *status* constitucional pela primeira vez com a Constituição de 1988, embora em constituições anteriores, possuíssem manifestações esparsas - como a de 1824 que fazia referência à garantia de "*socorros públicos*" e de 1967/69²⁸ que tratava da competência da União para legislar "*sobre defesa e proteção da saúde*" com foco no combate às epidemias - só na atual Carta, se consagra como direito fundamental.

Conforme já exposto, o direito à saúde está previsto no artigo 196, da Constituição Federal, que traz de maneira poética – e porque não dizer quase utópica - como "*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*", comprovando a doutrina dos direitos sociais e as duas vertentes - de direitos de defesa, e de direitos a prestações.

²⁴ MENDES. GONET. *Ibid.*, p.691;

²⁵ O professor Jorge Miranda ao comparar a constituição portuguesa e a brasileira, defende ser aquela mais técnica em questão legislativa em relação aos direitos fundamentais, já que traz os direitos fundamentais no início da constituição, enquanto na nossa Carta, há um enorme leque que trata de garantias, nos títulos de direitos sociais, e ainda em outros dispositivos esparsos. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p.139;

²⁶ MENDES. GONET. *op. cit.* p.692;

²⁷ 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, nos termos seguintes: [...] §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

²⁸ Essa terminologia é adotada pelos professores Paulo Gonet e Gilmar Mendes, devido ao grande debate acerca da Emenda nº1 de 1969, ter sido, na verdade uma nova Constituição, outorgada pela Junta Militar. In: FERREIRA MENDES, Gilmar. GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., p.114;

É possível identificar na redação, tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção a saúde²⁹. O Supremo Tribunal Federal no AgR-RE nº 271.286-8/RS³⁰ reconheceu a dimensão individual do direito à saúde como um direito público subjetivo à generalidade das pessoas que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, qual é assegurado mediante políticas públicas. Ademais, é possível constatar a preocupação do constituinte em firmar que tais direitos devem ser realizados através de políticas públicas, estas que, por sua vez, devem visar à redução de doenças, a promoção, proteção e recuperação da saúde, com escolhas alocativas sociais e econômicas.

Há de se enfatizar que, essa atenção do legislador à forma de implementação desses direitos, por si, já realçam a importância do tema tratado neste trabalho. Assim, numa visão geral, deve se efetivar tais direitos mediante ações específicas (dimensão individual, microjustiça) e mediante políticas públicas abrangentes (dimensão coletiva, macrojustiça), o que "abre" espaço a pretensões referentes a atos concretos como políticas e ações administrativas³¹.

²⁹ MENDES. GONET. op. cit. p.696;

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Agravo Regimental no Recurso Especial nº 271.286-8, Rel. Ministro Celso de Melo, DJ de 12.9.2000;

³¹ MENDES. GONET. op. cit. p.698;

A Judicialização de Políticas Públicas na América latina

A expansão da atuação do poder judicial se evidencia, ao final da Segunda Guerra Mundial, somado à queda do comunismo no leste europeu (e fim da União Soviética), é o momento em que, na maior parte dos países ocidentais, ocorre um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária - que é aquela realizada no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo - tendo por combustível o voto popular³². Em fato, o colapso do socialismo soviético promoveu o capitalismo e suas instituições de mercado, e, com a solidificação dos Estados Unidos da América como única superpotência do planeta, o desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais desse país ganharam maior ênfase³³.

Ressalvadas suas peculiaridades históricas, a maioria dos países da América Latina vivenciou, entre si, uma evolução institucional similar. Tanto a Argentina, Venezuela, Paraguai, Uruguai quanto o Brasil e o Chile tem passado por problemas similares em seu retorno à institucionalidade constitucional de caráter democrático³⁴.

Sieder, Schjolden and Angel, por sua vez, ressaltam que a maioria desses países, são "democracias eleitorais" com *civil law system*, que possuem constituições extensivas e detalhadas, mas que passaram por transições de regimes - antes regimes autoritários - (Argentina, Brasil, Chile, Peru e México nos anos 80 a 90), acrescentando a Colômbia e Venezuela (que apesar de não terem um regime militar no sentido próprio da palavra, possuíam uma democracia fraca e em profundo conflito social e político³⁵).

Deste modo, no intuito de construir suas igualdades, imprescindível destacar as peculiaridades desses regimes: se por um lado, ocorreu a promulgação de uma nova constituição por uma assembleia constituinte - como se viu no Brasil

³² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro. 13, 2009, p. 71;

³³ VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, apud. Ernani Rodrigues de Carvalho. **Em Busca Da Judicialização Da Política No Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem**; Revista Sociologia Política, Curitiba, 23, p. 115, novembro, 2004;

³⁴ VERONESE, Alexandre. **A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo**. Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215, 2009;

³⁵ SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGEL, Alan; **The Judicialization of Politics in Latin America**. Palgrave Macmillian. New York, 2005, p. 10;

(1988), na Colômbia (1991), na Venezuela (1999), Peru (1993), e Argentina (1994); de outro vértice, países como México e Costa Rica, não conheceram um "momento constitucionalista"³⁶ nítido entre os anos 80 e 90. E, por fim, e não menos importante, o Chile, que passou por uma transição entre um governo autoritário, para a restituição de uma constituição anterior (1989-1990), possuindo atualmente uma Constituição mais restrita e resumida que as demais.

Sieder, Schjolden and Angel, analisando o panorama da América Latina, defendem que, embora seja verdade que o judiciário é um instrumento do povo para garantir seus direitos, e para "manter" governos e políticas, as causas e consequências da judicialização da política nem sempre serão positivas para a democracia, e que, esses direitos estão sendo buscados nas Cortes, justamente por não serem devidamente garantidos pelo Executivo ou Legislativo³⁷.

Esta breve abordagem histórica, é de suma importância para a constatação da influência daquele "momento constitucionalista" como um padrão - apesar das já destacadas diferenças - na judicialização das políticas desses países. Traçando um panorama com as democracias contemporâneas latinas e o Brasil, Rogério Bastos Arantes, demonstra esse "padrão" nas causas de judicialização política dos países, e aponta, em primeiro, a Democracia política foi estabelecida nos idos de 1980 seguido pela aprovação de uma nova Constituição em 1988, qual assegurou uma ampla carta de direitos. Em segundo, um aumento cada vez maior de grupos de interesse dentro da sociedade exigindo por soluções de conflitos coletivos. Em terceiro, o sistema político caracterizado pela fragilidade, e até, por coalizões minoritárias apoiando o governo da situação, enquanto a oposição usa o judiciário para combater políticas do governo. Por fim, a delegação pelo modelo constitucional da proteção dos direitos e interesses individuais e direitos coletivos e sociais, a tutela do Ministério Público³⁸.

As causas de judicialização, especificamente no Brasil, é o tema que passamos a abordar.

³⁶ Ibid., p.10;

³⁷ Ibid., p.10;

³⁸ ARANTES, Rogério Bastos. **Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil**. em Rachel Sieder; Line Schjolden; Alan Angell. **The Judicialization of Politics in Latin America**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 231;

Judicialização de Políticas Públicas no Brasil

"Constitutional government is limited government "

(Martin Shapiro)

Judicialização é um conceito, que passou a ter pujança a partir do momento em que algumas questões de larga repercussão política e social começaram a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais - o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Melhor esclarecendo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade³⁹.

Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico estabeleceu uma mudança no modo de se pensar – com a superação do paradigma liberal - bem como, de se praticar o direito no mundo romano-germânico⁴⁰. O juiz deixou de ser o aplicador formalista da lei para se tornar também agente de transformações sociais, utilizando no exercício de suas funções, os instrumentos da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade com foco nas questões de interesse da sociedade moderna⁴¹. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade⁴².

Acerca desses fatores que carrearam nessa expressiva judicialização de questões políticas e sociais, Luís Roberto Barroso, disserta sobre os três principais, anotando ser, a *redemocratização* do país, a primeira grande causa, tendocomo ponto máximo a promulgação da Constituição de 1988. Reforça, ainda, que o fortalecimento das instituições jurídicas, e suas atribuições, fortaleceu o Poder Judiciário, bem como, aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, especificamente, com a recuperação das garantias da magistratura, conferindo ao Poder Judiciário verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a

³⁹ BARROSO. op. cit, p. 3;

⁴⁰ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, 2000, p. 35-36 e 130;

⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2009, p. 111;

⁴² BARROSO, op. cit, p. 6;

Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes - deixando de ser meramente um departamento técnico-especializado. Ademais, a nova "geração" de Ministros no Supremo Tribunal Federal - agora já não oriundos de investidura pelo regime militar, a expansão institucional do Ministério Público, e aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, somado a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil, desencadeou um novo ambiente democrático, reavivando a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a diferentes segmentos da população, que passaram, então, a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais⁴³.

A segunda causa, seria, a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária - tendência igualmente mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). Dessa forma, na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, constitui potencialmente, uma pretensão jurídica, que pode ser perseguida através de ação judicial⁴⁴.

E por último, o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, tido como um dos mais abrangentes do mundo⁴⁵, também chamado de híbrido ou eclético, visto que combina principais aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Dessa forma, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em regra, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, na hipótese de haver convicção de ser inconstitucional. Como também, adotamos o modelo europeu de controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas, em tese, e diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, a tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 da Constituição Federal⁴⁶, onde inúmeros órgãos e entidades públicas e privadas – as sociedades

⁴³ Ibid., p.3;

⁴⁴ Ibid., p.3;

⁴⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**, 2005, p. 146;

⁴⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de

de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Cenário no qual, praticamente qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF⁴⁷.

Não obstante, importante complemento faz Loiane Prado Verbicaro, quando aponta de forma específica, algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais: a) a promulgação da Constituição de 1988; b) a universalização do acesso à justiça; c) a existência de uma Constituição com textura aberta; d) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; e) a ampliação do espaço reservado ao STF; f) a hipertrofia legislativa; e g) a crise do Parlamento brasileiro⁴⁸.

Ademais, há de se ressaltar que tal tema é amplo, abrange várias características, as quais nem sempre podem ser definidas de forma cabal. Neste sentido, Barroso traça exemplos numerosos de que a judicialização reflete a "*fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo*", afirmando que "*nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito*" quando este tema está em foco, e cita ainda precedentes em países diversos e distantes entre si, como Canadá (Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense)⁴⁹, Estados Unidos (Decisão da Suprema Corte Americana que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*), Israel (Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino), Turquia (Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico), Hungria (Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade) e Coreia (Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*). Entre as mais recentes, em 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês (anulando o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes,

Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

⁴⁷ BARROSO. op cit., p. 3;

⁴⁸ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. *Revista DireitoGV*, n. 4, 2008, p. 390;

⁴⁹ Barroso, em rodapé explica que, este exemplo e os seguintes estão descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, **The judicialization of politics**. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), **The Oxford handbook of law and politics**, 2008, p. 124-125;

com forte reação do governo). E, ainda, da Suprema Corte americana (a decisão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, invalidando os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais, duramente criticada pelo Presidente Barak Obama) produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes⁵⁰.

A judicialização da política, também denominada “*a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas*”⁵¹, tem como causa, fatores variados - conforme demonstrado - no entanto, entre elas, não consta a ideia de juiz que pretende suprimir função de outros poderes no intuito de “aumentar” o próprio. A este fator, se dá o nome de “ativismo judicial”, que não coaduna com o conceito de “judicialização da política”.

Ativismo judicial compreende uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Entretanto, num sentido mais negativo, de excesso da jurisdição. A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do modelo institucional brasileiro. Já o ativismo “*é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*”⁵². Normalmente, se constata em situações de retração do Poder Legislativo, e de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ao ativismo, há o seu avesso, a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes⁵³.

A diferença mais marcante entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente praticado procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive, e especialmente, criando regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por característica fundamental o

⁵⁰ BARROSO. op cit., p. 7;

⁵¹ XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2010, p. 11;

⁵² BARROSO. op. cit., p.14;

⁵³ Ibid., p.14;

forte acatamento em relação às ações e omissões desses últimos⁵⁴.

Em síntese, quatro são as espécies de condutas ativistas que mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional: a) *Atuação como legislador positivo*: tida como a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, visto que decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas; b) *Ofensa ao princípio da separação dos Poderes*: quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que diversas matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste, encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento; c) *Desconsideração por precedentes jurisprudenciais*: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial; d) *Decisões judiciais viciadas por decisionismo político*: modalidade mais lesiva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, se baseia em predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas preconcebidas pelo julgador. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências reguladoras do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente⁵⁵.

Conforme já exposto, não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo de judicialização de megapolítica (ou de macropolítica) para distingui-lo da judicialização da política

⁵⁴ Ibid., p.14;

⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista direito GV, vol. 8, nº 1. São Paulo. Jan./Jun. 2012, p. 51;

genérica. Ademais, o conceito de ativismo judicial, é decorrente de uma constitucionalização exagerada, qual pode trazer consequências negativas, uma de *natureza política*, que seria o esvaziamento do poder das majorias, pelo engessamento da legislação ordinária. A outra, de *natureza metodológica*, que resume o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais⁵⁶.

Com intuito de acentuar essa distinção, Torbjörn Vallinder and Neal Tate, consideram que existem dois tipos de judicialização: a) “from without”, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Assim, a revisão feita pelo Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; b) “from within”: que seria a utilização do aparato judicial na administração pública. Portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. Ademais, há de se ressaltar que, *"a forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a 'from without', ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade"*⁵⁷.

Por outro lado, Ran Hirschl apresenta três categorias de judicialização: a) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; b) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; c) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem, ou dividem, toda a política⁵⁸.

Há de se ressaltar que, o fato de os juízes ocuparem os holofotes, cada vez mais, antes pertencentes às instituições responsáveis pela política e pela auto-regulação societária, não decorre da ambição dos mesmos, mas sim de

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed., p. 450;

⁵⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política. Curitiba, 23, Novembro. 2004, p. 121;

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV. São Paulo, v. 8, nº 1, Junho, 2012, p.61. apud. Hirschl, 2006, p. 723;

processos complexos e permanentes⁵⁹.

Corroborando, João Pedro C. V. Pádua, ao reproduzir o entendimento de Werneck Vianna, ressalta que no Brasil, se admitiu a necessidade da mudança de paradigma jurídico do liberal para o do estado do bem-estar e a consequente concentração de poder no Executivo como um dos pressupostos históricos para a judicialização da política, a qual, justamente, se insere no vácuo deixado pelo desvio autoritário daquele poder. Concluindo:

Está claro, portanto, que, ou se vê capacidades especiais do Poder Judiciário para fomentar a democracia, vindos, talvez, da especial virtude dos juízes em contraposição aos (demais) políticos, ou bem, mais realisticamente, se vê na substituição ou compartilhamento de poder entre o Executivo decadente e o Judiciário ascendente uma substituição, ou ainda uma complementação de tecnocracias: uma administrativa, e a outra jurídica; esta, constituída pelos técnicos do direito que, junto ao Poder Judiciário, formam um autêntico arremedo de 'comunidade aberta de intérpretes', já que, em verdade, fechada em si mesma, em torno de sua própria linguagem técnica inacessível ao leigo⁶⁰.

Por fim, Arantes, conclui que no Brasil, o processo de redemocratização acabou por produzir enorme impacto no Poder Judiciário, afirmando que "*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, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a "*necessidade de juízes e árbitros legítimos*" virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado, papel este atribuído em grande alcance ao Poder Judiciário⁶¹.

A judicialização do direito à saúde

Conforme explanado, a Constituição de 1988 se mostrou extremamente preocupada em assegurar a concretização do direito à saúde. Prova disso, se reflete na instituição de um Sistema Único de Saúde (SUS), financiado com

⁵⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP. v. 19. nº 2, 2007, p. 39;

⁶⁰ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia?** Cadernos do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, jul-dez. 2008, p.13;

⁶¹ 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, Fevereiro de 1999, p.83;

recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de outras fontes, determinando fosse elaborada Lei Complementar para estabelecer percentuais mínimos de recursos dos entes da federação que deverão ser aplicados - Lei Complementar (LC 141/12) que depois de doze anos de espera, finalmente fora aprovada, que por sua vez, reiterou, sem inovações, os termos do art. 77 do ADCT da CF/88, estabelecendo os percentuais mínimos de investimento na saúde pelos Entes Federativos⁶².

Há de se destacar que esse sistema adotado pela Carta, preconiza o federalismo cooperativo, em que o Estado permeado pelos compromissos de bem-estar social, busca a isonomia material e a atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas⁶³. Excetuando, por outro lado, ao pacto federativo, e possibilitando a intervenção do ente maior no menor, quando não observada à aplicação do mínimo da receita estatal em ações e serviços de saúde - assentando tal norma à condição de princípio sensível da constituição.

Como se observa, a garantia do direito a saúde prevista na Constituição é perpetrada mediante políticas, que possuem dois objetivos: *redução do risco*, ou seja, diminuição estatística, e *acesso universal*. Assim, pode-se, entender que o dever do Estado consiste em realizar e executar programas (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitadas pelo objetivo de acesso universal. José Reinaldo de Lima Lopes, aponta que "*o problema do acesso universal nunca é discutido pelos tribunais nos casos dramáticos e urgentes de pedidos individuais de medicamento*", permanecendo assim, a tensão entre a

⁶² Lei Complementar nº 141/2012. Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.(...)Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. (...) Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.(...)Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

⁶³ MENDES. GONET. op. cit., p. 701;

necessidade individual de um cidadão em particular, que não se pode negar, e o *dever* do Estado de provê-lo daquele tratamento específico⁶⁴.

Sobre esta tensão, comprovada pelo expressivo número de ações judiciais envolvendo a obtenção de prestações materiais no âmbito do Sistema Único de Saúde, faz-se necessário trazer a baila questões pontuais. É que, constatada a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, quando acionado para solução de demandas, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar a prestação⁶⁵. Neste sentido, constam como as principais demandas: a) quando o remédio constar na lista do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais mas não estar sendo fornecido à população por problemas de gestão; b) quando o Sistema Único de Saúde não forneça o medicamento específico prescrito pelo médico, mas um similar que trate a mesma patologia; c) quando o medicamento consta como registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não consta das listas dos fármacos disponibilizado do SUS, e não há nenhum outro tratamento disponível para determinada patologia. E, finalmente, quando o medicamento não consta registrado pela ANVISA - como sucedeu no caso da STA 175 no qual, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal fixou parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde (motivo bastante para ser tratada em tópico específico abaixo).

Como dito, nos casos em que houver problema de gestão (existe a política pública que determina o fornecimento do medicamento requerido, mas, o acesso aos mesmos está descontinuado devido a problemas administrativos do órgão competente), o cidadão não pode ser privado da medicação em prejuízo à sua saúde, punido pela gestão ineficaz ou omissa do administrador do sistema de saúde em adquirir os fármacos em quantidades suficientes para atender à demanda, não havendo dúvida de que resta configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário⁶⁶.

Em se tratando dos casos em que o SUS não forneça o medicamento específico, mas disponibiliza um similar que trate a mesma patologia, se tem afirmado que, caso seja situação de "mera questão burocrática", esta não

⁶⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. p.250;

⁶⁵ MENDES. GONET. op. cit., p. 715;

⁶⁶ Ibid., p.716;

pode prejudicar a vida e saúde da população. Para que seja adquirida outra droga ao cidadão quando a questão se assenta na impossibilidade de fazer uso do fármaco fornecido, faz-se necessário o exame de ponderação das razões (como exemplos, por ser alérgico a determinada substância que o compõe, ou por não ter obtido resultados na primeira vez que o utilizou), e verificar a razoabilidade do requerimento. Ressaltando que, o custo desse novo medicamento não pode inviabilizar o sistema de saúde como um todo⁶⁷, afirmação que na prática é cerne de muitas discussões, já que de difícil prova.

Situação espinhosa se constata, quando o medicamento consta como registrado na ANVISA, mas não consta das listas de medicamentos disponibilizado do SUS, e não há nenhum outro tratamento disponível para determinada patologia. Sobre esse tema o STF, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, decidiu no caso tratado pela STA 91/AL⁶⁸, que o Estado de Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento estranho a lista do SUS. Gilmar Mendes, alerta para o fato de que, tais demandas geram maior individualização da demanda, caracterizando um crescente problema à política de saúde pública. E também, para o a situação em que, o Poder Judiciário, ao implementar política da saúde pública deferindo determinadas solicitações, pode estar contribuindo, indiretamente, com ações criadas artificialmente por interesses privados – em decorrência da influência da indústria farmacêutica em tais questões. Neste sentido, estudo realizado no Estado de São Paulo, apurou que a maioria dos cidadãos beneficiados⁶⁹ pela intervenção do Poder Judiciário, eram pessoas que possuíam melhores condições socioeconômicas e com acesso à informação, o que distorce a ideia de igualdade proposta pelo SUS, privilegiando pacientes que, em tese, possuem melhores condições financeiras⁷⁰.

⁶⁷ Ibid., p.716;

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL. Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2007;

⁶⁹ Analisou-se de solicitações de medicamento para tratamento de hepatite C junto à Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Comarca da Capital, detectando que, das decisões proferidas entre 1998 a 2005, 98% se referiam a processos individuais e somente 2% a ações coletivas;

⁷⁰ MENDES. GONET. op cit., apud CHIEFFI, Ana Luiza. BARATA, Rita Barada. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica equidade**. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, agosto de 2009, p.1843;

O mínimo existencial, a reserva do possível e a STA 175

O mínimo existencial

Na esfera dos direitos fundamentais à saúde, faz-se necessário esboçar alguns delineamentos acerca da relação entre a designada *reserva do possível* e o intitulado *mínimo existencial*, como balizas para assegurar a aplicação desses direitos. No mais, por ser - o *mínimo existencial* - núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, formado pelas condições materiais básicas para a existência, ou seja, fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva e prestacional, só encontraria limite, em tese, no teto da *reserva do possível*, confrontações que se verificaram no caso concreto da STA 175.

De forma semelhante ao que sucedeu com a formulação dos direitos fundamentais, entre as características mais relevantes da *teoria do mínimo existencial*, estão: a) normativa, b) interpretativa, c) dogmática, d) vinculada à moral. Primeiro, seria normativa porque não se preocupa com a explicação de fenômenos, mas com a concretização, a eficácia e a validade do mínimo existencial⁷¹. Segundo, é interpretativa porque projeta consequências sobre a interpretação dos direitos fundamentais⁷², ou seja, dela irradia a interpretação das normas fundamentais. Em terceiro, é dogmática porque lhe interessa realizar os direitos fundamentais a partir de suas fontes legislativas e jurisprudenciais, aqui assumindo a necessidade da interposição por um legislador (*interpositio legislatoris*) mais como forma de aperfeiçoamento, já que, em regra, tem na própria Constituição a sua fonte de legitimidade⁷³. Por fim, tem como característica, ser intimamente ligada à moral, já que, os direitos fundamentais vinculam-se aos princípios morais ou aos direitos morais⁷⁴.

O conceito de mínimo existencial como condição material a uma vida com dignidade, tem sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha. No entanto, a despeito de não existirem, de um modo geral, direitos

⁷¹ TORRES, Ricardo. apud Robert ALEXY, **Theory der Grundrechte**, cit.,p.21;

⁷² TORRES. op. cit., p.26;

⁷³ Ibid., p.27;

⁷⁴ TORRES. apud Ronald Dworkin. **A matter or principle**, cit.16;

sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949), a discussão em torno da garantia de um mínimo indispensável para a existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial⁷⁵.

Como precursor dessa doutrina, Otto Bachof defende a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna - no início da década de 1950 (momento Pós-guerra), considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) não reclamava apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental da Alemanha) não poderia ser concebida meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Neste sentido, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), em 1951, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, motivando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deveria ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implicaria principalmente a manutenção de suas condições de existência⁷⁶. Ademais, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) consagrou o reconhecimento de direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna.

Mister trazer a colação, citação de Sarlet e Figueiredo, que

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações**. In **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos. 2 ed., p. 20;

⁷⁶ Ibid., p.20;

destacam argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão⁷⁷, que em sua essência, procede no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial, qual, inferiu após complementação de outros julgados, na base da doutrina alemã, que entende ser a garantia das condições mínimas para uma existência digna, conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, e constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações:

certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais⁷⁸.

Neste sentido, se assentou que o indivíduo deve ter o poder de levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, há de se destacar, o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de auxílio para a autoajuda, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção⁷⁹.

Insta destacar que, não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial, é imperativo que seja um direito "*a situações existenciais dignas*", não podendo estar aquém de um mínimo do qual qualquer cidadão comum possa suportar. É então, o "necessário a uma existência digna"⁸⁰.

Não obstante, imperativo ressaltar, lição da doutrina alemã que nitidamente tem influenciado nosso direito pátrio, quando afirma que o conteúdo do designado mínimo existencial, não pode ser confundido com o que se tem chamado de *mínimo vital* ou *um mínimo de sobrevivência*, vez que este último diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas. Portanto, de uma vida com certa

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA. BVerfGE 40, 121 (133);

⁷⁸ SARLET. FIGUEIREDO. op. cit., p.21;

⁷⁹ Ibid., p.20/21;

⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA. BVerfGE 82, 60; 99, 216;

qualidade. Assim, não permitir a alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é o suficiente⁸¹. O mínimo existencial, se refere, então, a um mínimo de vivência, e não de sobrevivência.

Ainda no contexto, é importante fazer a distinção entre o direito à vida e dignidade da pessoa humana, que por ser um valor fundamental, ao ser aplicado normativamente, é tido como um "*princípio jurídico de 'status' constitucional*"⁸². Quando se destaca, do ponto de vista jurídico, o conceito de um "*mínimo existencial*", este está intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, quais representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Deste modo, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada (em termos de condições básicas a serem supridas pelo estado e pela sociedade), onde a todos e a qualquer um estiver coberta uma vida saudável⁸³. Neste sentido, dignidade da pessoa humana seria "*a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*" implicando em "*um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável(...)*"⁸⁴;

Por derradeiro, no intuito de se defender uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, oportuno trazer à colação distinção entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, discorrida por Ingo Sarlet:

Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi

⁸¹ Ibid., p.23;

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed., p. 273;

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9 ed., p. 59-60;

⁸⁴ Ibid., p.62;

formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente "vital" (de mera sobrevivência física). De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem, poderá vir a ser negligenciada⁸⁵.

Pelo exposto, convém enfatizar que, nesta quadra, a garantia, e direito fundamental, do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, já que decorre da proteção à vida e da dignidade da pessoa humana. É o que se verifica no caso do Brasil, que embora não tenha uma previsão constitucional expressa consagrando o direito geral à garantia do mínimo existencial, é nítida - e assim tem entendido a maioria da doutrina - que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*, Constituição Federal)⁸⁶.

De outra parte, os próprios direitos sociais específicos - como exemplos, a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores - acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser - os direitos sociais - reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado⁸⁷. Por isso, se torna dificultoso, detectar a jusfundamentalidade desses direitos, vez que, não raramente está envolto com os direitos sociais⁸⁸. Assim, não é correto afirmar que "*todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, portanto, um conteúdo certo em dignidade*", bem como, não é adequado afirmar que "*o conteúdo*

⁸⁵ SARLET. FIGUEIREDO. op. cit., p.24;

⁸⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...);

⁸⁷ SARLET. FIGUEIREDO. op.cit., p.24;

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem. 2009, p. 163;

*em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais*⁸⁹.

Neste sentido, o mesmo deve ser afirmado aos próprios direitos fundamentais sociais, que, como já discutido, não se reduzem à dimensão positiva e também não se limitam ao mínimo existencial, em especial, se ponderadas às particularidades, bem como, a extensão do nosso rol de direitos positivados na Carta de 1988. Nesta esteira, constata-se que mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular, nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Vale enfatizar, que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente⁹⁰. No entanto, por outro lado:

tal constatação não afasta a circunstância de que, quando for o caso, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática, designadamente quando estiver em causa a extração de alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.⁹¹

Reclamando, portanto, uma análise tendo por base as necessidades de cada pessoa, de seu núcleo familiar, quando for o caso, sem no entanto, afastar as conquistas já sedimentadas, que em princípio servem como espécie de roteiro a guiar o intérprete⁹².

⁸⁹ Ibid., 26;

⁹⁰ Ibid., p. 27;

⁹¹ SARLET, FIGUEIREDO. op cit., p.26;

⁹² Ibid., p. 27;

A reserva do possível

Firmado o que pode se delimitar como fundação dos direitos sociais - o mínimo, qual não deve ser vencido - há de se estabelecer também um "teto" a concretização desses direitos. É fato que, seja com relação aos direitos sociais a prestações de um modo geral, seja relativamente à própria garantia do mínimo existencial, não há como desconsiderar que uma das principais objeções argumentadas em matéria de concretização dos direitos sociais diz respeito à dimensão economicamente relevante desses direitos, que, embora comum a todos os direitos fundamentais de todas as dimensões, assume maior relevância quando se cuida da efetivação dos direitos fundamentais como direito a prestações. Com efeito, as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sempre estarão amarradas pela disponibilidade financeira e capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las⁹³. Neste sentido, a *reserva do possível* consta como uma condicionante, para que sejam concretizados os direitos a prestações e o mínimo existencial, já abordados.

Há de se ressaltar que, não está a afirmar aqui que os *direitos de defesa* não possuem "um custo", mas sim que os direitos a prestação estatal, representam de forma direta, uma conduta ativa do Estado, seja alocando recursos econômicos por força de decisão judicial, ou da implementação de políticas públicas. Neste sentido, de certo modo, para sua devida efetivação, todos os direitos fundamentais exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, seja na alocação significativa de recursos materiais, e humanos, é que firma-se maioria da doutrina sobre o tema⁹⁴. E, justamente sobre essa questão, se fixa a teoria da *reserva do possível*, como limítrofe da efetividade dos direitos sociais a prestações materiais.

A construção teórica da "*reserva do possível*" tem, origem na Alemanha, a partir do início dos anos de 1970⁹⁵. Assim, de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria

⁹³ SARLET, FIGUEIREDO. op. cit., p.27;

⁹⁴ Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999, p.229. Na doutrina pátria: GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Direitos**, p. 147 et seq.;

⁹⁵ José Reinaldo Lopes, no entanto, ressalta que "*a respectiva histórica poderia ser traçada mais longe, desde a crise do liberalismo constitucional experimentada no Ocidente depois da Grande Guerra de 1914-1918*". In: *Direitos Sociais Teoria e prática*. p.155;

sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que, estes direitos fundamentais, dependam de prestações financiadas pelos cofres públicos⁹⁶. A teoria, evoluiu, para assentar que, mesmo em situações que o Estado disponha de recursos, há que se ponderar, sobre a razoabilidade, em concreto, da utilização dos mesmos, ou seja, não se pode obrigar o Estado a prestar "*algo que não se mantenha nos limites do razoável*"⁹⁷. Dessa forma, se ajustaria a reserva do possível em uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, que, além disso, reclama equacionamento, ainda mais no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁹⁸.

Com base no conceito de reserva do possível como um limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, há de se ressaltar que a doutrina constitucionalista nacional, e até mesmo a Suprema Corte, não tem poupado críticas a aplicação "irrestrita" desse limite. Para Vicente de Paulo Barreto, a ideia de reserva do possível está ancorada em "três falácias políticas" que se fixam no pensamento neoliberal: a) que os direitos sociais são de segunda ordem, ou seja de importância secundária; b) que os direitos sociais decorrem de uma economia forte, não ensejando sua efetivação por países ainda em desenvolvimento; c) que o custo é inerente a todos os direitos, assim, negar a efetividade pelo argumento de que eles possuem um custo, é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito⁹⁹. Enfatize-se que, não parece razoável negar a efetividade dos direitos fundamentais ao argumento de que possuem um "custo". No entanto, é preciso delimitar quais, e como os direitos fundamentais

⁹⁶ SARLET. FIGUEIREDO. op. cit.,27;

⁹⁷ SARLET. FIGUEIREDO. op. cit.,29, apud BVerfGE 33, 303 (333);

⁹⁸ SARLET. FIGUEIREDO. op.cit.,29;

⁹⁹ BARRETO, Vicente Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) **Direitos Fundamentais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.117-121;

sociais devem ser eficazmente implementados em sociedades com recursos escassos e demandas crescentes¹⁰⁰.

E se de um lado a ausência total de recursos necessários para o atendimento a um direito a prestação impede faticamente o cumprimento da demanda social, por outro, essa insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas usada como argumento para eximir o poder público de obrigação, sob pena de responsabilidade do administrador. Neste enfoque, cabe trazer a citação, trecho voto do Min. Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 – que define parâmetros ao Poder Judiciário quando da análise de políticas públicas, e alerta que pratica o Estado conduta ilícita ao criar obstáculo artificial, ao argumento de ofensa a reserva do possível:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' [...] notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**¹⁰¹ (grifo não original).

¹⁰⁰ CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed., 2013, p. 180;

¹⁰¹ STF. ADPF nº 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 29.04.2004, DJ 04/05/2004;

Assim, não parece correto afirmar que a *reserva do possível*, é um empecilho - uma barreira - a efetivação dos direitos sociais, mas sim, uma baliza, que somada a ponderação dos demais princípios - a depender do caso em concreto, entre eles, cite-se, da razoabilidade¹⁰² e da dignidade humana, servirá de norte para a efetivação desses direitos. Finalmente, não é demais, fazer referência ao pensamento de Jorge Reis Novais¹⁰³, que ao afirmar que a reserva do possível deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições otimizadas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos.

Suspensão de Tutela Antecipada 175

Conforme ressaltado, a Suspensão de Antecipação de Tutela 175, do STF, fixou alguns parâmetros para a solução judicial de casos concretos que envolvem à saúde, não sem antes reconhecer e analisar as peculiaridades do caso, levando em conta também, as experiências colhidas na Audiência Pública realizada pela Presidência do Tribunal.

O caso versa sobre uma jovem de 21 anos de idade que, representada pelo Ministério Público Federal, ajuizou em 20 de abril de 2006 uma ação contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza. Em sua petição inicial, a autora apontava ser portadora de uma doença rara denominada Niemann-Pick Tipo C, uma doença neurodegenerativa, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos. O pedido era o de fornecimento do medicamento Zavesca, que tem como princípio ativo o miglustate. O tratamento custaria em torno de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, à época.

¹⁰² Sobre a terminologia, há de se ressaltar que, Humberto Ávila, define a razoabilidade como um postulado. Princípios, defende ele, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, já o "postulado da razoabilidade", seria uma estruturante na aplicação dos princípios, como deveres estruturais, ou seja, "como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos*, e impõem determinada *relação* entre eles". In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., 2005, p.93-103;

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. 2004, p. 295;

Em análise ao pedido inicial, a Justiça Federal extinguiu o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade do Ministério Público¹⁰⁴ e, em seguida, após ter rejeitado os embargos declaratórios, o Ministério Público apelou da decisão, reiterando a sua legitimidade ativa para o caso em tela, além dos demais fundamentos da petição inicial, inclusive com pedido de tutela antecipada, de acordo com o art. 273, do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) deu provimento à apelação do Ministério Público, declarando, a sua legitimidade ativa, deferindo também a tutela antecipada pretendida¹⁰⁵. Ainda, em sede de embargos de declaração para o tribunal, foi definida a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada ente público nos trinta primeiros dias de descumprimento, sendo dobrado o valor da multa decorrido este prazo.

A União interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário contra a decisão do TRF5 que deu provimento à tutela antecipada, recursos estes, que não foram admitidos pelo próprio Tribunal Regional Federal. Restando, assim, a Suspensão de Tutela Antecipada, a qual foi interposta primeiramente pela União, recebendo o número 175 no Supremo Tribunal Federal, enquanto que a interposta pelo Município de Fortaleza recebeu o número 178, tendo sido posteriormente apensada àquela. Em decisão monocrática, o Min. Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de Suspensão de tutela antecipada contra Acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em Apelação, por não constatar grave lesão à ordem, à economia ou à saúde pública.

Na sequência, foi interposto Agravo Regimental pela União contra essa decisão monocrática, tendo como fundamento principal o fato de que o medicamento não constava na lista dos medicamentos permitidos pela ANVISA, o que, em tese, tornaria impossível a concessão pelo Poder Público do medicamento - visto que, sequer era registrado no órgão brasileiro que garante eficácia, qualidade e segurança de medicamentos a serem comercializados no mercado nacional. Argumentou, ainda, a violação ao princípio da separação dos poderes, reiterou a existência de lesão à economia e à saúde pública, bem como, a responsabilidade

¹⁰⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 408729-CE, 2006.81.00.003148-1. Rel. Francisco Cavalcanti. Julgado em 24.05.2007;

¹⁰⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 408729-CE, 2006.81.00.003148-1. Rel. Francisco Cavalcanti. Julgado em 24.05.2007;

solidária dos entes federativos¹⁰⁶. Ao final, foi negado provimento por unanimidade ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, nos termos do voto do relator, considerando que não havia lesão à economia e à saúde pública, e determinou-se, que os entes federativos cumprissem a decisão de antecipação de tutela, fixando ainda, parâmetros para a solução de casos concretos semelhantes.

Parâmetros fixados no Agravo Regimental na STA 175/CE

De acordo com o voto do Min. Gilmar Mendes, primeiramente, há de se levar em conta, se existe ou não, políticas públicas definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Caso a resposta seja afirmativa, deve ser analisado, o motivo da sua não efetivação. Após tal ponderação - e aqui se torna de suma importância à consideração do mínimo existencial, e da reserva do possível - como regra, deve o judiciário conceder o pedido, já que, estaria somente determinando o cumprimento de política pública já existente, não sendo caso de criação de política pública pelo judiciário. Neste caso, reconhece-se o direito subjetivo público ao cidadão de política pública já existente. Cabe destacar que, essa hipótese é a mais frequente nos casos de judicialização de políticas públicas, o que pôde ser concluído através das realizações das Audiências Públicas, como bem citou o Relator:

esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates na Audiência Pública da Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implemento de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Há época do julgamento, tramitava no Supremo Tribunal Federal a Proposta de Súmula Vinculante (então numerada como nº 4), que determina a responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público, assegurando, inclusive, a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente. Essa proposta, no entanto, está suspensa, aguardando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, Rel. Marco Aurélio, com Repercussão Geral reconhecida, e que versa sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos, que por sua vez, está concluso com o Relator desde 09.11.2012;

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.4.2010, p. 20-21;

Na hipótese da resposta ser negativa, esta, de acordo com o voto, poderá se desdobrar em três situações: a) omissão legislativa ou administrativa, b) decisão administrativa de não fornecer a prestação de saúde; c) vedação legal a sua dispensação. Quanto a omissão legislativa ou administrativa, pouco, se encontra no voto do Min. Gilmar Mendes, no entanto, o Min. Celso de Melo, ao votar acompanhando o relator, trouxe um arcabouço de argumentos, que cabe destacar, ampliam em muito o sentido do voto do relator.

É que, pelo estabelecido no voto do Min. Gilmar, *em caso de omissão legislativa, ou de decisão de não fornecimento ou vedação do mesmo*, como regra, se respeitaria o identificado somente pelo SUS como tratamento, não concedendo o fármaco, e em "*casos excepcionalíssimos*", se abriria uma exceção, para após a ponderação do caso em concreto, se assim entender, conceder. Por outro lado, o voto do Min. Celso de Mello se demonstra mais amplo, assegurando, que "*entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde*", ou "*fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado*", deve o julgador, por razões de ordem ético-jurídica, decidir pela opção "*que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana*". Entendimento que demonstra, em tese, uma contradição à ponderação de particularidades do caso em concreto, bem como da tese da reserva do possível, já que pressupõe ter o mínimo existencial um valor axiológico absoluto, que sempre prevalecerá.

Por outro lado, *quando houver uma decisão administrativa de não fornecer a prestação à saúde pleiteada*, deve se analisar a motivação dessa decisão. *Se for o caso da decisão na qual o SUS decidir não custear, por motivo da falta de evidências científicas suficientes para autorizar a inclusão*, decorrem duas novas situações: a) quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas inadequado a determinado paciente; b) quando o SUS não tem tratamento específico para determinada patologia (mas existem tratamentos experimentais, ou existem novos tratamentos ainda não protocolados clinicamente pelo SUS).

Conforme exposto, *quando for o caso de o SUS fornecer tratamento alternativo, mas inadequado a determinado paciente*, como regra geral, deve-se privilegiar o sistema do SUS (que se filia à corrente da "Medicina com base em evidências", no intuito de melhor assegurar o disposto no art. 196 da Carta), em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, não sendo o Estado obrigado a fornecer tais tratamentos, se não comprovada a ineficácia ou a impropriedade da

política de saúde existente. No entanto, ressalta o Min. Gilmar que, tal conclusão não afasta a possibilidade do Poder Judiciário, ou da própria administração, decidir pelo fornecimento do medicamento a determinada pessoa, quando comprovado que por razões específicas do seu organismo, o tratamento fornecido não é eficaz a terapêutica de sua enfermidade¹⁰⁸.

Ainda, no caso de o SUS não ter nenhum tratamento específico para patologia do tratamento demandado em juízo, novamente, poderá decorrer duas situações, para cada qual foi apresentado um parâmetro: a) nos casos em que houver tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia), não pode ser condenado o Estado a custear o tratamento, visto que, tais tratamentos regem-se pelas normas que regulam a pesquisa médica, devendo o acesso ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de ingresso expandido¹⁰⁹. Se, no entanto, for relativo a *novo tratamento (ainda não incorporado pelo SUS)*, como regra, não poderá ser prejudicado o paciente por questão de inexistência de Protocolo Clínico no SUS, cabendo então a impugnação judicial, mas com a ressalva de que, nessas situações dificilmente serão providas as cautelares, vez que, nestes casos, a instrução processual e produção de provas se fará necessária.

Já quando houver vedação legal a sua dispensação, nesta questão o voto se limita a afirmar que, não é permitido ao SUS fornecer tratamento nos casos em que o fármaco não esteja registrado na ANVISA, e como regra geral, não se pode exigir que o Estado forneça tais medicamentos. No entanto, o voto discorre, que em "casos excepcionais", poderá ser autorizada a importação de medicamento não registrado pela ANVISA¹¹⁰.

Nesse contexto, como já afirmado acima, a problemática da eficácia social desse direito fundamental se deve muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes. O

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.4.2010, p.20-21;

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.4.2010, p. 21;

¹¹⁰ Lei 9.782/99. Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. [...] § 5º. A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas;

problema não é de inexistência, mas da má execução das políticas públicas pelos entes federados.

Expostas as balizas delimitadas no AgRg na STA 175, cabe ainda, fazer algumas ressalvas quanto ao caso em concreto. Em primeiro, que quando se iniciou a Ação, junto à Justiça Federal, o medicamento denominado Zavesca, não possuía registro na ANVISA, sendo registrado à época do julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada, o que ratifica a tese de que, em certos casos, a mera ausência de registro pela ANVISA por falta de celeridade do processo, não deveria prejudicar o paciente. Em segundo, que os entes federativos, ao alegarem ofensa à reserva do possível, não a comprovaram de forma concreta, se detendo em afirmar que, o tratamento era de "alto custo", o que comprova a utilização da "reserva do possível" de maneira indevida. Finalmente, imperativo ressaltar o caráter conservador da decisão da Suprema Corte - ao contrário do argumento de ter sido a Corte "ativista", já que, se preocupou em assegurar direito subjetivo público a política pública previamente estabelecida, analisando, se efetivamente, geraria lesão à economia e à saúde pública, comprovando a ineficiência do tratamento, e necessidade de outro medicamento, e reafirmando que não basta a insuficiência financeira do paciente para a concessão da tutela. Evitando assim, o problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas, conforme colação:

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.¹¹¹

E, ainda:

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.¹¹²

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, AgRg na STA 175-CE, DJ 30.4.2010, p.3;

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, AgRg na STA 175-CE, DJ 30.4.2010, p.28;

Fazendo uma digressão, caso fossem aplicados os parâmetros estabelecidos pelo STF na STA 175, quando da análise inicial do pedido pela Justiça Federal, momento no qual o remédio ainda não era registrado pela ANVISA, seria o caso de aplicar a situação da vedação legal - como regra - não se verificando a possibilidade de exigir que o Estado fornecesse tais medicamentos à época, o que também, poderia ser excetuado, se, ao verificar que a eficiência do tratamento, bem como, a não geração de lesão à economia e à saúde pública, ponderada pelo princípio - ou postulado - da razoabilidade, justificassem o fornecimento do fármaco no caso.

CONCLUSÃO

A judicialização dos direitos à saúde, é tema intrigante e está longe de ser pacificado. No entanto, o debate parece progredir, quando analisado sob o paradigma do modelo de Estado Constitucional de Direito, que pode se afirmar, vivemos atualmente em nosso País. Conforme restou demonstrado, longe de ferir o princípio da separação dos poderes, a judicialização de políticas públicas - na forma que tem transcorrido - tem reafirmado o controle constitucional, e indiretamente, fortalecido a Democracia.

Ademais, a judicialização, não decorreu de uma opção ideológica, mas por fatores históricos e constitucionais. E a influência desse "momento constitucionalista" no desenvolvimento da judicialização, se mostra em um padrão, principalmente nos países da América Latina, qual, cabe citar, entre os principais: a) a promulgação de uma Constituição mais voltada aos direitos sociais; b) a universalização do acesso à justiça, em alguns países; c) a existência de uma Constituição com textura aberta; d) a ampliação do controle constitucional por Cortes Superiores; e) a crise do órgão legislativo.

Neste sentido, não obstante o poder-dever a prestação estatal estar condicionada a atuação do Poder Executivo e Poder Legislativo, qual deve ser implementado através de políticas públicas, é papel primordial do Poder Judiciário, a implementação dessas políticas públicas, diante da omissão dos demais poderes. Ressalte-se que não é possível haver macrojustiça (dimensão coletiva) sem que haja microjustiça (dimensão individual), pois o todo só será "saudável", se cada parte que o forma também o for.

Nessa atuação do Judiciário, no entanto, deve ser observada a "*reserva do possível*", como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições otimizadas de efetivação da prestação estatal em causa. E, ainda mais, ao "*mínimo existencial*", qual trata de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, na ideia que o norteia - de preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna.

Assim, todos os institutos referidos guardam vínculo estreito entre si e com os princípios constitucionais, demandando, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir - como já citado - não como barreira intransponível, mas como baliza para a efetiva aplicação dos direitos sociais de cunho prestacional.

Com efeito, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma gestão responsável a respeito de sua destinação, obrigando à busca de aprimoramentos nos mecanismos de gestão democrática do orçamento público. Nesse contexto, é bastante, a conclusão obtida da Audiência Pública da Saúde realizada para melhor municiar o julgamento da STA 175, de que, o maior problema do Brasil, é *"da devida implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois, o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes"*¹¹³.

Da análise da decisão proferida na STA 175, pela Corte Constitucional, é possível afirmar que esta foi um marco na questão do controle judicial de políticas públicas. Que, no caso em concreto, ponderando sobre o *"mínimo existencial"* e, ainda, a *"reserva do possível"*, todos sob o postulado da razoabilidade, indeferiu pedido de suspensão de decisão que determinava o fornecimento de medicamento à autora, fixando balizas dentro das quais, seria legítima a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Estabelecendo assim, que primeiramente, há de se levar em conta, se existe ou não, políticas públicas definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Caso a resposta seja afirmativa, deve ser analisado então, o motivo de não estar sendo efetivada. E após ponderação, em regra, deve o judiciário conceder o pedido, já que, estaria somente determinando o cumprimento de política pública já existente, não sendo caso de criação de política pública pelo judiciário. Na hipótese da resposta ser negativa, esta, de acordo com o voto, poderá se desdobrar em três situações: a) omissão legislativa ou administrativa, b) decisão administrativa de não fornecer a prestação de saúde; c) vedação legal a sua dispensação.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, AgRg na STA 175-CE, DJ 30.4.2010, p. 17;

Casos especialíssimos se verificam, *quando for o caso de o SUS fornecer tratamento alternativo, mas inadequado a determinado paciente*, devendo como regra geral, privilegiar o sistema do SUS, não sendo o Estado obrigado a fornecer tais tratamentos, se não comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Ressaltando, que tal conclusão não afasta a possibilidade do Poder Judiciário, ou da própria administração, decidir pelo fornecimento do medicamento a determinada pessoa, quando comprovado que por razões específicas do seu organismo, o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

E, *no caso de o SUS não ter nenhum tratamento específico para patologia do tratamento demandado em juízo*, quando novamente, poderá decorrer duas situações, para cada qual foi apresentada um parâmetro: a) nos casos em que houver tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia), não pode ser condenado o Estado a custear o tratamento. Se, no entanto, for relativo a *novo tratamento (ainda não incorporado pelo SUS)*, como regra, não poderá ser prejudicado o paciente por questão de inexistência de Protocolo Clínico no SUS, cabendo então a impugnação judicial, mas com a ressalva que, nessas situações dificilmente serão providas as cautelares, vez que, nestes casos, a instrução processual e produção de provas se fará necessária.

Em tempo, não é demais ressaltar que, não deveria o Estado invocar - ao argumento de ofensa cláusula da "reserva do possível" - a impossibilidade de cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada, a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. O que, no caso da STA 175 não ser verificou, já que o Estado limitou-se a argumentar o alto custo do tratamento em questão.

Por outro lado, faz-se necessária a cautela na aplicação de princípios que possuem "plasticidade" conceitual, como exemplo, o mínimo existencial, e a dignidade da pessoa humana, para não incidir em decisionismo judicial.

Por fim, cabe destacar, as tentativas da União na busca de avanços para o sistema de saúde, tanto no atendimento, cite-se, as recentes contratações de

médicos estrangeiros através da - já contestada - Medida Provisória nº 621¹¹⁴, quanto na estrutura física, qual supostamente deverá ser implementada após a aprovação do Projeto de Lei 323/07¹¹⁵, o que não se acredita, visto que, o Brasil, conforme comprovado, sofre com problema de gestão de recursos. Sendo oportuno finalizar reafirmando que, "*o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política*"¹¹⁶.

¹¹⁴ Medida Provisória nº 621, 8 de Julho de 2013, DOU de 9.7.2013, qual Institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências;

¹¹⁵ Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural. No entanto, até a finalização desse estudo, ainda não foi promulgado;

¹¹⁶ BARROSO, op. cit. p.42;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia?*. Cadernos do Departamento de Direito da PUC-Rio (Pós-Graduação). Rio de Janeiro, p. 64-74, jul-dez. 2008;

AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. *Jurisdionalização de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011;

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. BVerfGE 33, 303 (333);

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. BVerfGE 82, 60; 99, 216;

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: Rachel Sieder; Line Schjolden; Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2006;

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, Feb. 1999. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01029091999000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2010;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., Malheiros. 2005;

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista direito GV, São Paulo, v. 8, nº 1, Junho, 2012;

BARRETO, Vicente Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) *Direitos Fundamentais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.117-121;

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4º 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*. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt. Acesso em 01 março de 2013;

_____ *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro. v. 13, 2009, p. 71-91;

_____ *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Fórum, 2012;

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016. Acesso em: 15 maio 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado 29.04.2004, DJ de 04.05.2004;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão da Tutela Antecipada nº 91/AL. Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2007;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 30.04.2010;

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, Apelação Cível nº 408729/CE, 2006.81.00.003148-1, Julgado 24.05.2007;

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista Sociologia Política. Curitiba, 23, Novembro. 2004, p. 115-126;

CHIEFFI, Ana Luiza. BARATA, Rita Barada. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, Agosto. 2009;

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed., WMF Martins Fontes, 2010;
FERREIRA MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012;

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992;

_____ *Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988;

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998;

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva. 2005;

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 6. ed., Editora: Coimbra, 1997;

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

_____ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Ano I. Vol. I. n.º. 1, Abril de 2001. Salvador, Bahia;

SHAPIRO, Martin. SWEET, Alex Stone. *On law, politics & judicializato*. New York: Oxford University Press, 2011;

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999;

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Revista direito GV*, vol. 8, n.º 1. São Paulo. Jan./Jun., 2012;

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

VALLINDER, Torbjörn. TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995;

VERONESE, Alexandre. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*. Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009;

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 22 ago. 2013;

XIMENES, Julia Maurmann; Ribeiro, Ana Cândida Eugênio Pinto Ribeiro. *Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial*. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, p. n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>. Acesso em: 21/03/2011;

XIMENES, Julia Maurmann. *A Judicialização das Políticas Públicas: ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?* Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – RESPÚBLICA. Vol. 10. nº 1, Jan/Jun 2010;

_____ *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;