

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
DIREITO CONSTITUCIONAL**

José dos Santos Carvalho Filho

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE SOBRE CUSTEIO DE REMÉDIOS E TRATAMENTOS  
MÉDICO-HOSPITALARES PELO ESTADO: ATIVISMO E  
INCOERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

BRASÍLIA – DF  
2010

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE SOBRE CUSTEIO DE REMÉDIOS E TRATAMENTOS  
MÉDICO-HOSPITALARES PELO ESTADO: ATIVISMO E  
INCOERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Coordenadoria do Curso de Especialização em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito.

Orientadora: Professora Doutora  
Júlia Maurmann Ximenes.

BRASÍLIA - DF  
2010

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE SOBRE CUSTEIO DE REMÉDIOS E TRATAMENTOS  
MÉDICO-HOSPITALARES PELO ESTADO: ATIVISMO E  
INCOERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Coordenadoria do Curso de Especialização em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador

---

Examinador

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos professores Paulo Gonet, Gilmar e Inocêncio. Ingressei no IDP por meio de um concurso de bolsas que, além de abrir uma série de oportunidades, permitiu-me conhecer inúmeras pessoas admiráveis, entre as quais os próprios sócios fundadores do Instituto.

Agradeço à querida professora Júlia, quem forneceu as bases do meu conhecimento sobre o tema objeto deste trabalho e me acompanhou com dedicação durante todo o seu desenvolvimento, lançando necessárias e pertinentes críticas e sugestões.

Agradeço também aos meus pais, Laura e José Carvalho, por sempre me apoiarem e incentivarem o meu crescimento pessoal e profissional, aos meus amigos, por me ensinarem, cada um de um jeito diferente, a ser sempre uma pessoa melhor do que já fui, e a Deus, sem o qual nada seria possível.

Por fim, lanço agradecimentos a três pessoas especiais em minha vida acadêmica: Christine Peter, exemplo permanente de profissional qualificado; Janete Ricken, a minha mais animada amiga de debates acadêmicos; e Rodrigo Chaves, meu fiel companheiro de estudos.

Enxergamos mais longe quando estamos nos ombros de gigantes, então obrigado por melhorarem a minha perspectiva!

*“Quem quer fazer alguma coisa,  
encontra um meio. Quem não quer fazer  
nada, encontra uma desculpa.”*

Provérbio árabe

## **RESUMO**

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, exigem prestação positiva do Estado. O objetivo deste trabalho é analisar a função do Poder Judiciário na concretização desses direitos, controlando as omissões inconstitucionais dos outros Poderes Públicos. Discorre-se sobre o conflito entre jurisdição constitucional e política no que tange ao controle judicial das políticas públicas de saúde para fornecimento de remédios e tratamentos médico-hospitalares que estão fora dos programas preestabelecidos pelo Estado.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controle judicial. Políticas públicas. Saúde.

## **ABSTRACT**

Social rights, as second dimension rights, require positive provision from State. The objective of this work is analyzing the function of the Judiciary Power to implement these rights, controlling omissions from other Public Powers. It's analyzed the conflict between judicial review and police power, meditating about the Government's responsibility for providing people with remedies and medical attendance.

**KEYWORDS:** Judicial review. Police power. Health.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS SOCIAIS E JURISDIÇÃO: CONCEITOS PROPEDEÚTICOS PARA A ANÁLISE DA FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>NOTAS PRELIMINARES</b>	<b>10</b>
<b>2.2</b>	<b>AS POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	<b>10</b>
<b>2.3</b>	<b>O ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>11</b>
<b>2.4</b>	<b>O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO</b>	<b>13</b>
<b>2.5</b>	<b>OS NOVOS PARADIGMAS DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>16</b>
<b>2.6</b>	<b>TEORIA GERAL DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	<b>18</b>
<b>2.7</b>	<b>ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS SOCIAIS</b>	<b>21</b>
<b>3</b>	<b>FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES PELO ESTADO</b>	<b>25</b>
<b>3.1</b>	<b>NOTAS PRELIMINARES</b>	<b>25</b>
<b>3.2</b>	<b>A POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM EMPÍRICA</b>	<b>26</b>
<b>3.2.1</b>	<b>Suspensões dos Efeitos dos Provimentos de Urgência</b>	<b>27</b>
<b>3.2.2</b>	<b>As Suspensões no Supremo Tribunal Federal: Apresentação dos Dados Coletados</b>	<b>30</b>
<b>3.2.3</b>	<b>As Suspensões no Supremo Tribunal Federal: Inferências</b>	<b>36</b>
<b>4</b>	<b>DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO JUDICIÁRIO - ANÁLISE DO RE 566.471</b>	<b>40</b>
<b>4.1</b>	<b>TEORIA DA REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO</b>	<b>41</b>
<b>4.2</b>	<b>UM CASO PARADIGMÁTICO: RE 566.471</b>	<b>43</b>
<b>4.3</b>	<b>UM ASSUNTO IRRESOLUTO</b>	<b>44</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>47</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, exigem prestação positiva do Estado. O objetivo deste trabalho é analisar a função do Poder Judiciário na concretização desses direitos, controlando as omissões dos outros Poderes Públicos.

Discorre-se sobre o conflito entre jurisdição constitucional e política no que tange ao controle judicial das políticas públicas de saúde para fornecimento de remédios e tratamentos médico-hospitalares que estão fora dos programas preestabelecidos pelo Estado.

Em um primeiro momento, apresentam-se alguns tópicos preliminares que tangenciam o tema, como os conceitos de políticas públicas, direitos sociais e jurisdição, com destaque para a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial.

No segundo capítulo, aborda-se a questão do fornecimento de fármacos e tratamentos médico-hospitalares pelo Estado, oportunidade em que se apresenta uma pesquisa empírica sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade estatal pelo custeio de remédios e tratamentos que estão fora das políticas públicas preestabelecidas pelo governo.

A pesquisa apresentada é quantitativa e qualitativa, na medida em que demonstra o percentual de deferimento dos pedidos de suspensão dos efeitos de decisões supostamente contrárias ao interesse público formulados pela Fazenda Pública, bem como analisa os principais argumentos invocados nas decisões da Suprema Corte.

Para tanto, analisam-se as suspensões de segurança, suspensões de liminares e suspensões de tutela antecipada com acórdãos publicados e disponibilizados no sistema de consulta do site do Supremo Tribunal Federal - STF que possuem as palavras-chave “fornecimento” e “medicamento” e que foram julgados até 27 de abril de 2009, data de início da Audiência Pública da Saúde no STF.

Os motivos que levaram à escolha das suspensões e à aplicação dos filtros de pesquisa foram revelados no item 3.2.2 deste trabalho, no qual são feitas algumas considerações preliminares à apresentação dos dados coletados.

No último capítulo, reflete-se sobre um caso paradigmático do regime da repercussão geral ainda sem solução, a ser resolvido no julgamento de mérito do RE 566.471.

A importância da referida decisão que se aguarda decorre de sua consequência prática: uniformização da jurisprudência nacional sobre o controle judicial das políticas públicas de saúde sobre fornecimento de remédios e tratamentos não inseridos nos programas do governo.

Percebe-se que ainda há decisões de todos os gêneros sobre o tema, desde o indeferimento total até o absoluto deferimento de prestações materiais dos mais diversos tipos. A decisão paradigmática tende a unificar as decisões, para que sejam todas harmônicas e no mesmo sentido.

Por fim, apresentam-se algumas considerações pessoais sobre o assunto, momento em que se retoma a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, refletindo-se sobre as consequências do ativismo, assim como sobre a importância da unificação de jurisprudência sobre o tema.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS SOCIAIS E JURISDIÇÃO: CONCEITOS PROPEDEÚTICOS PARA A ANÁLISE DA FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

### **2.1 NOTAS PRELIMINARES**

Pressuposto inarredável para o desenvolvimento de qualquer trabalho científico é conhecer a definição de alguns institutos jurídicos que permeiam o tema.

Por tal motivo, o escopo deste capítulo é delinear alguns conceitos propedêuticos necessários para o desenvolvimento deste trabalho, como as definições de: políticas públicas, ativismo judicial, judicialização da política, direitos sociais e Estado Constitucional de Direito, dentre outros.

É o que se passa a fazer nas próximas linhas.

### **2.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas podem ser definidas como o conjunto de disposições, medidas e procedimentos que regem as atividades governamentais relacionadas ao interesse público e revelam a orientação política do Estado<sup>1</sup>.

Na seara jurídica, as políticas públicas são os instrumentos para a realização dos direitos fundamentais.

Tais instrumentos de concretização ultrapassam o espectro da tutela individual e se efetivam pela via coletiva. Por isso, é manifesta a importância das políticas públicas na atual quadra do constitucionalismo<sup>2</sup>.

As políticas públicas se materializam através de atividades institucionais e ações de sujeitos sociais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados.

Muitos direitos fundamentais só podem ser usufruídos por meio da realização de políticas públicas. Isso ocorre com grande parte dos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais não se realizam em níveis aceitáveis sem uma política, um serviço e uma rubrica orçamentária<sup>3</sup>.

Alexy defende a existência de direitos a ações positivas do Estado, cujos objetos podem ser ações fáticas ou atos normativos. Ressalta, entretanto, que quando se fala em direitos a prestações, faz-se referência, em regra, a ações positivas fáticas<sup>4</sup>.

A princípio, os direitos à prestação material devem ser realizados pelos órgãos políticos do Estado, que são democraticamente eleitos para estabelecer o bem-estar social. Ocorre que esse papel tem sido transferido para o Judiciário em algumas situações.

No último século, surgiu a possibilidade de o Poder Judiciário condenar a

---

<sup>1</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

<sup>2</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

<sup>3</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 201-202.

Administração Pública a prover prestações sociais<sup>5</sup> e isso acarretou uma reviravolta no modo de realização dos direitos fundamentais.

Há que se refletir sobre os limites e atribuições imputadas ao Judiciário no que tange às políticas públicas destinadas a implementar direitos fundamentais.

### 2.3 O ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo judicial é termo amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, embora sem muita precisão técnica.

Em muitas situações, o termo ativismo é associado à atual posição de destaque ocupada pelo Judiciário como decorrência do progressivo aumento de demandas sociais em processos. Isso mais se assemelha à judicialização das políticas públicas.

Como leciona Luís Roberto Barroso, a judicialização da política envolve transferência de poder, do Executivo e do Legislativo, para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade<sup>6</sup>.

O termo judicialização da política passou a ser utilizado a partir da obra de Tate e Vallinder, em que os autores abordaram o conceito e as condições institucionais para a expansão do Poder Judiciário no processo decisório em Estados Democráticos<sup>7</sup>.

Em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

A expressão “ativismo judicial” tem sentido, embora semelhante, diverso do acima referido.

Em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo.

Pela precisão, transcrevem-se as lições de Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a

<sup>5</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: 26/ago/2009

<sup>7</sup> TATE, N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, N.; VALLINDER, T. (org). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995, p. 27-37.

Constituição, expandindo o seu sentido e alcance<sup>8</sup>.

Nesse estudo, são imprescindíveis as lições do jurista americano Bradley Canon, que já em 1983 buscava evidenciar o que vem a ser um comportamento judicial ativista<sup>9</sup>.

O autor apresenta seis dimensões do ativismo judicial: *majoritarianism*, *interpretative stability*, *interpretative fidelity*, *substance/democratic process distinction*, *specificity of policy*; e *availability of an alternate policymaker*.

Sem seguir estritamente a classificação, mas baseado nas lições de Bradley Canon, é possível identificar um núcleo presente em todas as posturas judiciais consideradas ativistas, qual seja, a ideia de que o Judiciário está ingressando por vontade própria em seara das funções políticas do Estado que representam democraticamente o povo.

Assim, há ativismo judicial quando se rompe com a fidelidade interpretativa, bem como quando se quebra a estabilidade interpretativa, adotando-se orientação frontalmente diversa da adotada pelos precedentes judiciais.

Interessa a este artigo o ativismo judicial por inovação material do Direito, que cria direitos e deveres não estipulados pelo legislador, por meio de criatividade interpretativa, especificidade ou ainda por necessidade de prestação alternativa, as quais impõem ao Estado a execução de políticas públicas não preestabelecidas para fornecimento de tratamentos médico-hospitalares.

## 2.4 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Desde a redação originária, a Constituição da República de 1988 – CR/88 certifica que o Brasil, a exemplo de todos os Estados democráticos da contemporaneidade, é regido pelo princípio do Estado de Direito.

Tal princípio revela a ideia de subordinação do Estado ao ordenamento jurídico vigente, que dispõe sobre sua forma de atuação, funções e limitações.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já estipulava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Ingo Sarlet<sup>10</sup> ensina que a partir dessa formulação paradigmática, lançaram-se as bases do que passou a ser núcleo material das primeiras constituições escritas, de matriz liberal: limitação jurídica do poder estatal, por meio da separação dos poderes e da garantia de alguns direitos fundamentais.

Desse modo, o Estado absolutista oitocentista cede lugar ao Estado limitado pelo Direito, em que é possível identificar três pilares nos quais ele se sustenta: supremacia da lei, proteção de direitos fundamentais e divisão funcional do poder.

Ocorre que esse modelo inaugural passou por muitas transformações substanciais.

Influenciado por ideais de justiça distributiva e com o escopo de reduzir

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: 26/ago/2009.

<sup>9</sup> CANON, Bradley C. **Defining the dimensions of judicial activism**. In: **Judicature**. v. 66, n. 6, dec-jan, 1983, pp. 236-247.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

as desigualdades sociais que culminaram em tempos de crise, o Estado percebeu a necessidade de intervir para promoção do bem-estar social, por meio da consagração e da realização de direitos a prestações materiais, a par das liberdades de primeira dimensão. Surge, pois, o que se convencionou chamar de Estado Social<sup>11</sup>.

Hodiernamente, difunde-se a ideia de Estado Constitucional<sup>12</sup>, tendo em vista que as transformações do Direito dos séculos XX e XXI mudaram os paradigmas do Estado.

A supremacia da lei cedeu lugar à supremacia da Constituição, fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo. Não se busca mais uma separação hermética das funções do Estado, na medida em que se percebeu a necessidade de interdependência e harmonia na atuação dos Poderes Públicos. E à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais foi acrescida uma dimensão objetiva.

O reconhecimento de supremacia e de força normativa da Constituição implicou estrutural mudança na hermenêutica jurídica, na medida em que todas as leis passaram a ser interpretadas à luz dessa norma.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais também acarretou significativas mudanças no Direito, vez que as liberdades públicas, positivas e negativas, deixaram de ser meros direitos subjetivos e passaram a ser valores do Estado, orientando a formulação e a execução das políticas públicas – eficácia dirigente – e espraiando seus efeitos para outras searas jurídicas – eficácia irradiante –, inclusive para ramos que regem a relações de direito privado – eficácia horizontal<sup>13</sup>.

Revisitando a teoria da separação dos poderes, percebe-se que os juízes não são mais a inanimada “boca da lei”, mas os garantidores da complexidade estrutural do Direito e da necessária e útil coexistência entre lei, direitos e justiça<sup>14</sup>. Isso dá nova feição ao Poder Judiciário.

Como ensinam Cadermatori e Duarte<sup>15</sup>:

O que caracteriza o Estado Constitucional – diferenciando-o, tanto do Estado de Direito como do Estado Social – é que todas as previsões constitucionais (de liberdades públicas individuais no Estado de Direito e direitos sócio-econômicos e culturais no Estado Social), enunciadas apenas em caráter formal, agora podem ser objeto de uma tutela jurisdicional, vale dizer, são *justiciáveis*, e isto se deveu, sobremaneira, a Kelsen. De fato, foi o jurista austríaco quem contribuiu de forma decisiva ao afirmar o protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição (*Hutter der Verfassung*) na sua polêmica com Carl Schmitt na etapa da República de Weimar, tendo isto ocorrido em 1931.

<sup>11</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7-12.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 94 e ss.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 520 e ss.

<sup>14</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: leyes, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2007. p. 153.

<sup>15</sup> CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de direito no contexto do neo-constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007, Manaus. **Anais eletrônicos**. Disponível em <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz\\_henrique\\_urquhart\\_cadernartori.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf)>. Acesso em 18 out. 2009.

Os autores referem-se ao clássico debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição<sup>16</sup>. Prevalece, na grande maioria das democracias atuais, a ideia de Kelsen segundo a qual o controle de constitucionalidade deve ser exercido por um órgão imparcial.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, quando se pretende a verificação de constitucionalidade de leis em tese, e também pelos demais órgãos brasileiros imbuídos de jurisdição, incidentalmente.

Jurisdição significa a realização do Direito, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo, autorizativo e com aptidão para tornar-se indiscutível<sup>17</sup>. Quando o exercício da jurisdição é pautado em preceitos da Constituição, está-se diante da jurisdição constitucional.

E tendo em vista que a Constituição de 1988 é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica de uma posição legalista e preestabelecida para uma interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída, mas os magistrados têm um campo de atuação elástico.

## 2.5 OS NOVOS PARADIGMAS DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de pintar *Monalisa*, Leonardo da Vinci só possuía uma tela em branco na qual ele poderia ter pintado qualquer obra. O que definiu a confecção de *Monalisa* foi um ato de vontade do pintor.

Decerto, a decisão de Leonardo estava condicionada por alguns fatores, como o tamanho da tela, as opções de tintas e pinceis disponíveis, o tempo e seu domínio técnico, dentre outros fatores, mas isso não suprimiu a sua discricionariedade, embora a tenha mitigado.

Comparativamente, a escolha de Da Vinci representa o ato de vontade do juiz durante uma decisão judicial, ao aplicar as normas jurídicas.

No que tange às normas constitucionais, diante da plurissignificância de sentido que lhes é inerente, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen afirma que o texto das normas constitucionais funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade<sup>18</sup>.

Friedrich Müller sustenta que norma não se confunde com o texto da norma. Esse é apenas um programa que estabelece premissa para a interpretação. Não pode haver interpretação contrária ao enunciado literal da norma, mas esse enunciado, por si só, não é suficiente para desvelar o sentido da norma, tanto que há constituições consuetudinárias<sup>19</sup>.

A normatividade decorre da junção entre texto e âmbito da norma, definido por Müller como o conjunto das diferentes funções concretizadoras da norma, a exemplo da concretização promovida por vários órgãos como Judiciário, sociedade,

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1, p. 65.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 387-397.

<sup>19</sup> MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. In: **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 50-70.

Administração Pública e própria ciência (doutrina)<sup>20</sup>.

Assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito. A partir do texto da norma, ponto de partida dogmático, interpreta-se o seu sentido.

As normas jurídicas constitucionais são gerais e indeterminadas, seja essa uma decorrência da impossibilidade de previsão de todos os acontecimentos fáticos do mundo, seja consequência de uma opção política.

A interpretação da norma decorre de um processo iniciado pela interpretação cognoscitiva e completado por um ato de vontade do órgão aplicador, em que a interpretação cognoscitiva oferece várias hipóteses de sentido, todas inseridas na “moldura” da norma, e a definição do sentido aplicável ao caso é estabelecida por um ato de escolha do órgão aplicador<sup>21</sup>.

Ao lume do exposto, não parece certo concluir que só há uma interpretação possível para as normas constitucionais, como faz Dworkin<sup>22</sup>. Além dos intérpretes da Constituição da sociedade aberta de Häberle<sup>23</sup> não se encaixarem no conceito de juízes Hércules, o próprio Dworkin reconhece a existência de casos difíceis, em que a interpretação depende de ato de vontade do juiz, para escolher a alternativa mais adequada<sup>24</sup>.

O juiz não é mais considerado mera boca da lei, mas um dos intervinientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial representa uma decisão política, observada a inegabilidade dos pontos de partida<sup>25</sup> – texto da norma. Isso acarretou certa hipertrofia do Judiciário. Esse Poder passa a ter uma atuação mais incisiva na sociedade, postura que é criticada por alguns, sobretudo por seu cunho supostamente antidemocrático, e elogiada por outros justamente por permitir um novo espaço de debate democrático.

No âmbito dos direitos sociais, essa controvérsia é ainda maior. Na medida em que esses direitos exigem, preponderantemente<sup>26</sup>, postura ativa do Estado para a elaboração/realização de políticas públicas, o Judiciário, como guardião da Constituição, surge como importante ator para inibir violações à Lei Fundamental, mas também se deve perquirir em que medida a atuação, quando exacerbada, compromete a harmonia e a estabilidade sociais.

## 2.6 TEORIA GERAL DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado tal como é conhecido hoje, Estado Nacional ou Moderno,

<sup>20</sup> MÜLLER. ob. cit. pp. 50-70.

<sup>21</sup> KELSEN. ob. cit. pp. 387-397.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 235-282.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. pp. 19-23.

<sup>24</sup> DWORKIN. ob. cit. pp. 235-282.

<sup>25</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 97-100.

<sup>26</sup> O termo “preponderantemente” foi invocado porque os direitos fundamentais de segunda dimensão também exigem omissões do Estado, como o direito de greve. Na realidade, os direitos fundamentais possuem natureza ambivalente, pois requerem, simultaneamente, comissões e omissões. Isso configura a dupla dimensão (positiva e negativa) dos direitos fundamentais. Na seara do direito à saúde, ao mesmo tempo que o Estado precisa adotar políticas públicas para sua implementação, ele deve se imiscuir de práticas atentatórias a esse direito. Nesse sentido: (SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 268).

composto por território, poder político e população, nasceu absolutista. A vontade do rei era lei e as regras jurídicas definidoras do poder exíguas, vagas e não reduzidas a escrito.

Em um segundo momento, influenciado pelas ideias do constitucionalismo, tornou-se Estado Representativo ou de Direito. Limitado pelas liberdades individuais, pela divisão do Poderes e pela redução ao mínimo de suas funções, o Estado recuou na participação nas relações privadas.

Continuando seu processo de evolução, o Estado passou a hipervalorizar a democracia, a qual não mais era exercida apenas por meio da participação indireta, mas também pela atuação cada vez mais constante do povo nas decisões políticas de seu país. Acresceram-se os direitos políticos dos cidadãos ao rol dos direitos fundamentais.

Com o passar dos anos, percebeu-se não ser ideal o absenteísmo total do Estado, tendo em vista a necessidade de interferências estatais com o escopo de reduzir as desigualdades sociais. Assim, surgiu o Estado Social, o denominado Estado Providência.<sup>27</sup>

Após esse breve relato, é possível compreender de forma mais contextualizada o surgimento dos direitos sociais.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em três grandes grupos: os de primeira, de segunda e de terceira dimensões, conforme a época de positivação.

Os primeiros, decorrentes das Revoluções Americana e Francesa, são os individuais e políticos clássicos, os quais fixam uma esfera de autonomia refratária às expansões do poder; os últimos são os direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam os direitos a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, a um meio ambiente equilibrado e a outros direitos difusos; os segundos, por fim, são os direitos econômicos, culturais e sociais<sup>28</sup>, para os quais é dispensada maior atenção neste trabalho.

O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem, uma vez que são as constituições que citam o rol dos direitos fundamentais a serem assegurados pelo Estado.

A Declaração de Direitos mais famosa é a Do Homem e do Cidadão, que surgiu no bojo da Revolução Francesa de 1789, mas antes dela já havia sido editada a Declaração de Direitos dos Povos da Virgínia, em 1776<sup>29</sup>.

Nesse contexto, surgiram os direitos de primeira dimensão, que exigem prestações negativas do Estado, funcionando como verdadeiras escusas aos tentáculos estatais.

Com o passar dos tempos, diante dos ascendentes problemas sociais decorrentes da industrialização em marcha, do agravamento das disparidades na sociedade e do impacto do crescimento demográfico, percebeu-se que o mero absenteísmo estatal não era suficiente para o resguardo dos direitos fundamentais. A pressão das massas chamou atenção do Estado para necessidade de intervenção na

---

27 Apenas a título de complementação do relato histórico dos direitos fundamentais, é importante registrar a existência dos direitos fundamentais de terceira dimensão, cuja característica essencial é a titularidade difusa. Como exemplos dessa classe, podem ser citados os direitos à paz, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros. Esses direitos surgiram quando valores de solidariedade social e responsabilidade comum ganharam crescente espaço na sociedade civil.

28 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 233-234.

29 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Dos direitos sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso\\_carlos\\_dos\\_direitos\\_sociais\\_na\\_cf.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf)>. Acesso em 16/maio/2009.

sociedade, para gerenciar a gama de problemas sociais e mitigá-los<sup>30</sup>.

Assim surgiram os direitos de segunda dimensão, que, em contraposição aos seus antecessores, não prescindem de conduta ativa do Estado, transformando-o em Estado Assistencial, cuja função é tentar propiciar a igualdade material dos cidadãos, em detrimento da mera isonomia formal.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estipulou, em seu art. 16, que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem a separação dos poderes, não tem Constituição”<sup>31</sup>.

Isso demonstra enorme preocupação com a efetiva proteção dos direitos fundamentais no fim do século XVIII, a qual não diminuiu, mas, ao contrário, majorou com o decurso do tempo.

John Rawls assevera que um dos princípios gerais de justiça é a proteção das liberdades básicas dos indivíduos<sup>32</sup>, sejam elas liberdades positivas ou negativas. Essas liberdades só são possíveis com a previsão de direitos fundamentais, mas não apenas com a previsão.

Ocorre que a simples existência de normas constitucionais que consagrem tais direitos não garante a sua implementação no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios<sup>33</sup>.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos liberais já são razoavelmente respeitados, mas os direitos sociais ainda caminham rumo à concretização, sobretudo porque sua implementação demanda gastos e decisões políticas dos Poderes Públicos.

Até pouco tempo, os direitos sociais eram vistos como meras normas programáticas ou, o que é ainda pior, como meros vetores interpretativos<sup>34</sup>.

A fundamentalidade dos direitos sociais era refutada a pretexto da natureza jurídica imperfeita desses direitos, da ineficiência econômica e da suposta incompatibilidade com a proteção das liberdades negativas e dos direitos civis<sup>35</sup>.

Ante a não concretização dos direitos sociais previstos na Constituição, os cidadãos passaram explorar o Judiciário para a efetivação desses direitos, por meio de exercício da cidadania.

Como consequência dessa prática, operou-se uma aproximação entre a verificação judicial de compatibilidade vertical dos atos infraconstitucionais dos Poderes Públicos com a Constituição, definida como jurisdição constitucional, e o controle das políticas públicas para concretização de direitos sociais.

## 2.7 ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS SOCIAIS

<sup>30</sup> MENDES; COELHO e BRANCO. ob. cit. p. 233.

<sup>31</sup> Íntegra da legislação disponível em <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/Direitos\\_homem\\_cidad.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html)>. Acesso: 25/maio/2009.

<sup>32</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.12-24; 64-69; 146-153. O autor sustenta que se todos os homens fossem privados do conhecimento de sua posição na sociedade – se são homens ou mulheres, negros ou brancos, ricos ou pobres etc. –, situação que ele define como véu da ignorância, e conhecessem apenas o modo de funcionamento da sociedade, eles acordariam que a proteção das liberdades básicas dos indivíduos é um princípio geral de justiça.

<sup>33</sup> BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

<sup>34</sup> Considera-se a natureza de vetor interpretativo pior do que a de normas programáticas porque estas normas possuem grau de eficácia, ainda que reduzido.

<sup>35</sup> BELLO. ob. cit. p. 182.

Os direitos sociais, como direitos à prestação, visam a atenuar desigualdades. São, pois, instrumentos precípuos de distribuição de renda.

Esses direitos têm algumas peculiaridades, como a baixa densidade normativa, na medida em que dependem de recursos para serem distribuídos; e a previsão pelo constituinte em grau muito maior do que o que pode ser efetivamente implementado<sup>36</sup>.

Isso faz com que a doutrina afirme que esses direitos à prestação devem ser submetidos à reserva do financeiramente possível. Não se podendo atender a todos os direitos fundamentais à prestação no grau máximo de eficácia, deve-se conceder o que for possível no momento.

Devido a essa situação, há que se selecionar o que é considerado prioritário.

O problema emergente da situação é determinar quem é o responsável pelas escolhas das prioridades. Quem deve tomar essas decisões? Quem detém legitimidade para decidir sobre alocação de recursos?

Como o Brasil é uma república democrática, fundada no princípio da soberania popular, há que se concluir que essa decisão deve partir do povo, diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos, nos termos da Constituição.

A composição do Judiciário brasileiro não segue a mesma sistemática que os Estados Unidos, onde há magistrados eleitos. No Brasil, o ingresso na magistratura de primeiro grau depende da aprovação em concurso público de provas e títulos e, nos demais graus, de submissão a um rigoroso processo de indicação e aprovação.

O fato é que não há eleição para a escolha dos membros do Judiciário, como ocorre no Legislativo e no Executivo.

Diante disso, questiona-se se o juiz tem legitimidade para atuar a fim de se imiscuir em decisões políticas que deveriam partir dos outros Poderes da República.

Em princípio, não cabe intervenção judicial. Onde há espaço para alocação de recursos, quem deve tomar decisão é o povo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

Por tudo isso, é difundida a ideia de que os direitos sociais são direitos na medida da lei e a simples previsão desses direitos na Constituição não autoriza a intervenção do Judiciário, vez que sua concretização depende da conformação que os representantes do povo, por meio de decisões políticas, lhes concedem.

Ocorre que, se o Judiciário não puder agir, esses direitos correm risco de serem esvaziados, tornando simbólicas as previsões constitucionais<sup>37</sup>.

Ademais, embora a transposição do Estado de Direito para Estado Social de Direito interesse muito para o presente trabalho, ela já foi superada pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, pautado em três paradigmas: supremacia da Constituição, dimensão objetiva de direitos fundamentais e interdependência dos Poderes, como explicado no item 2.4.

Deve-se reconhecer uma eficácia normativa mínima aos direitos sociais constitucionalmente previstos. Embora o Legislativo possa moldar o conteúdo dos direitos sociais, se o constituinte já delimitou os limites mínimos que devem ser cumpridos, não se pode desrespeitar o que foi imposto a pretexto de tratar-se de normas

---

<sup>36</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260.

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

de conteúdo programático.

Apesar de se reconhecer que esses direitos sociais dependem da existência de recursos e de decisões sobre como serão distribuídos, eles devem ser concretizados em uma eficácia mínima<sup>38</sup>.

A título de exemplo, pode ser citado o caso da educação. A Constituição garante a todos o direito a um ensino básico gratuito. Ao estabelecer isso, já está estipulando a eficácia mínima do direito à educação. Não se pode fornecer ensino superior gratuito a todos, mas a educação básica é uma obrigação impostergável do Estado.

Outros casos são mais complexos, como a eficácia mínima do direito à saúde. Pode-se afirmar que a destinação constitucional de percentual de verbas à saúde é um mínimo que deve ser respeitado<sup>39</sup>. Quanto a fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares específicos, a definição do mínimo a ser cumprido depende de análise casuística, prevalecendo a ideia de que é mínimo existencial o que tende a preservar a vida dos cidadãos, por ser o direito mais fundamental do homem.

Assim, se não estivermos diante da eficácia mínima, fica vedada a intervenção judicial, sob pena de vilipêndio ao princípio da separação dos Poderes, mesmo que interpretado à luz da teoria de *checks and balances*.

O ativismo judicial com o intuito de garantir eficácia máxima a direitos sociais, quando já existe atuação dos Poderes Públicos competentes, configura hipótese de usurpação de competência.

Se é verdade que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania<sup>40</sup> e para a realização do direito social à saúde, não é menos verdade que as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias<sup>41</sup>.

Não raras vezes, são concedidos medicamentos de alto custo, que acarretam forte impacto nos planos de governo, ou ainda em fase experimental, quando a eficácia não é comprovada.

Ademais, no caso dos medicamentos ainda em fase experimental, por exemplo, o deferimento do pedido, em vez de propiciar a cura do cidadão, pode agravar

<sup>38</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>39</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005, pp. 83-103.

<sup>40</sup> Cidadania pode ser vista sob perspectiva restrita ou ampla.

Em sentido estrito, cidadania é a qualidade do indivíduo que possui gozo dos direitos políticos no seu Estado. Essa é a definição amplamente divulgada por constitucionalistas brasileiros. Entretanto, ela não é adequada para o atual estágio do constitucionalismo em que se vive. A cidadania deve ser encarada, ao mesmo tempo, como condição de possibilidade e fim máximo da democracia. Não há que se cogitar em livre exercício de direitos políticos se o cidadão não vê resguardados alguns dos seus direitos fundamentais mais básicos, como liberdade, saúde e educação. Assim, sob uma ótica mais ampliada, cidadão é quem detém, perante o Estado e a sociedade, um conjunto de direitos e deveres fundamentais. Para estudo do tema, indica-se a leitura de MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada**. In: Cadernos de Direitos Humanos 1: Direitos Negados: Questões para uma política de direitos humanos. Rio de Janeiro: Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura da audiência pública da saúde. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf)>. Acesso: 10/out/2009.

a sua situação, em virtude de efeitos colaterais ainda desconhecidos do medicamento.

Essas decisões políticas inovam materialmente o Direito. Decerto, o juiz não pode mais ser considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial representa uma decisão política, mas ela deve observar os pontos de partida dogmáticos<sup>42</sup> (leis, atos normativos, políticas públicas já existentes).

Já é assente que tanto a atividade legislativa quanto a jurisdicional decorre de criatividade, seja ela originária, quando inaugural, ou derivada, quando limitada por uma criatividade preexistente. Contudo, é necessário ter em mente que a criatividade do intérprete é sempre uma criatividade derivada<sup>43</sup> e o juiz é um intérprete da lei e da Constituição.

Enfim, todas essas premissas demonstram a necessidade de se analisar a possibilidade, a legitimidade e os limites de o Judiciário inovar materialmente o Direito no que tange a políticas públicas.

No próximo capítulo, debruça-se sobre a função jurisdicional no tocante às políticas públicas de saúde, mais especificamente, à concessão de medicamentos fora do Programa de Dispensação do Ministério da Saúde.

---

<sup>42</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 97-100.

<sup>43</sup> ZACCARIA, Giuseppe & VIOLA, Francesco. **Derecho e Interpretación**. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho. Madrid: Dykinson, 2007. p. 134.

### **3 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES PELO ESTADO**

#### **3.1 NOTAS PRELIMINARES**

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre caso de grande repercussão nacional, quando o estado de Pernambuco buscou suspender decisão judicial que determinou o pagamento de todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de marcapasso diafragmático muscular para devolver a um jurisdicionado, vítima de assalto em via pública, a capacidade de respirar sem a dependência do respirador mecânico<sup>44</sup>.

Ressalte-se que se tratava de procedimento ainda em fase experimental, orçado em cerca de cento e cinquenta mil dólares e que dependia de realização no exterior.

A decisão final da Suprema Corte foi no sentido de manter a decisão que determinava o pagamento das despesas pelo estado de Pernambuco.

Registre-se que essa não é uma decisão isolada. Cotidianamente os juízos brasileiros têm condenado o Poder Público a fornecer prestações das mais diversas no que tange a políticas públicas de saúde<sup>45</sup>.

As consequências dessas condenações incidem tanto sobre os entes federativos, os quais veem os impactos orçamentários comprometerem os seus planos de governo, como sobre todos os cidadãos, na medida em que o interesse da coletividade cede lugar a interesses pontuais e individualizados de membros da sociedade.

Este capítulo visa a refletir especificamente sobre uma séria consequência de condenações judiciais que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos que estão fora dos programas elaborados pelos gestores públicos responsáveis pela tomada de decisões políticas sobre a alocação de erário: a existência de decisões judiciais contraditórias, diante da ausência de parâmetros preestabelecidos para os julgamentos.

Para tanto, analisam-se as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal atinentes ao tema, com o intuito de avaliar quais políticas públicas de saúde têm sido judicializadas, bem como a forma como o Judiciário aprecia as questões que lhe são postas, para perquirir se há adoção de postura ativista.

#### **3.2 A POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM EMPÍRICA**

Neste tópico apresenta-se a postura que o Supremo Tribunal Federal adota com relação à obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

Para tanto, analisam-se as suspensões de segurança, suspensões de

---

<sup>44</sup> Suspensão de Tutela Antecipada nº 223.

<sup>45</sup> De acordo com a exposição do Subprocurador do Estado do Rio de Janeiro na Audiência Pública da Saúde, apenas no ano de 2008, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro recebe cerca de quarenta novas ações de medicamentos por dia útil. Apenas no ano de 2008, a Secretaria de Estado gastou R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) no cumprimento de decisões judiciais, sendo R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) com a aquisição de dois medicamentos específicos para o atendimento de 333 (trezentas e trinta e três) pessoas.

liminares e suspensões de tutela antecipada com acórdãos publicados e disponibilizados no sistema de consulta do site do Supremo Tribunal Federal - STF que possuem as palavras-chave “fornecimento” e “medicamento” e que foram julgados até 27 de abril de 2009, data de início da Audiência Pública da Saúde no STF.

A análise dessas decisões permite entender como o Supremo Tribunal Federal, órgão de última instância do Judiciário brasileiro, avalia os argumentos apresentados pela Fazenda Pública e pelos cidadãos que pleiteiam medicamentos, bem como identificar a postura que o STF adota no que tange à condenação do Estado no fornecimento de medicamentos fora dos programas de distribuição gratuita elaborados pelo Governo.

Antes de analisar os pedidos de suspensão e a resposta que o Supremo dá a esses pedidos, entretanto, faz-se necessário entender o procedimento para se postular a suspensão dos efeitos de um provimento jurisdicional contrário aos interesses públicos.

### 3.2.1 Suspensões dos Efeitos dos Provimentos de Urgência<sup>46</sup>

Nas hipóteses em que são concedidos provimentos de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a decisão possui efeitos imediatos cabe pedido de suspensão da eficácia.

Atualmente, há suspensão de liminar, suspensão de segurança, suspensão de sentença, suspensão de acórdão, suspensão de tutela antecipada, suspensão de cautelar, dentre outras hipóteses.

A execução provisória das ações movidas contra a Fazenda Pública pode ser suspensa quando há ilegítimo provimento de urgência deferido ou quando, ainda que legítimo, o provimento causar grave lesão aos interesses públicos.

Na medida em que há conflito de interesses entre o indivíduo que necessita de um medicamento e a coletividade, a qual tem que abdicar de outros investimentos para custear o fornecimento do remédio àquele, verifica-se a possibilidade de grave lesão ao interesse público, dependendo do medicamento que o Estado é condenado a fornecer.

Os pacientes precisam dos medicamentos com a máxima urgência possível, tendo em vista que em alguns casos há risco de morte, e por tal motivo são concedidos muitos provimentos de urgência.

Isso compele a Fazenda Pública a recorrer aos procedimentos de suspensão dos efeitos da decisão.

A doutrina<sup>47</sup> indica que o regime jurídico geral para os pedidos de suspensão dos provimentos de urgência está disciplinado na Lei n. 8.437, de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. O art. 4º da referida lei possui um *caput* e nove parágrafos que disciplinam esse incidente processual.

O pedido de suspensão de segurança é um sucedâneo recursal, uma vez

---

<sup>46</sup> Para estudo dos aspectos procedimentais das suspensões de segurança, indica-se a leitura de (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009, v. 3, p. 493-509).

<sup>47</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009, v. 3 p. 494.

que não contém o efeito substitutivo a que alude o art. 512 do CPC<sup>48</sup> e também não se enquadra em uma série de características essenciais apontadas pela Teoria Geral dos Recursos, como a unirrecorribilidade e tipicidade recursal.

Discute-se, ainda, se o pedido de suspensão tem natureza político-administrativa ou judicial.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup> entende que o julgamento do pedido de suspensão ostenta feição política e por isso não admite recursos extraordinários, os quais visam a examinar legalidade e constitucionalidade do provimento jurisdicional, e não análise de juízo político.

De qualquer sorte, o incidente contém feição judicial, pois não seria admissível no processo civil brasileiro que decisões administrativas ou políticas atingissem decisão judicial. O certo é que se aprecia a violação a interesses públicos, como educação, saúde e segurança, sendo possível a suspensão do provimento jurisdicional ainda quando inquestionável a sua legalidade e constitucionalidade, por mera questão política de ponderação de interesses.

Independentemente de se lhe atribuir natureza administrativa, política ou judicial, não restam dúvidas de que o pedido de suspensão constitui incidente processual, com a finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão sua eficácia. No seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, aquilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes<sup>50</sup>.

Em princípio, a legitimidade para propositura do incidente é da Fazenda Pública e do Ministério Público, responsável pela tutela de interesses difusos.

Para que pessoas jurídicas de direito privado possam propor a medida de contracautela, faz-se necessário que haja exercício de atividade pública e provimento de urgência que cause lesão à ordem pública relacionado ao exercício dessa atividade.

É competente para o julgamento do pedido de suspensão o presidente do tribunal que teria competência para julgar o recurso contra a decisão impugnada.

Se a decisão impugnada partiu originariamente de um tribunal é importante saber se é cabível agravo interno. Sendo cabível o agravo regimental, ele deve ser o instrumento processual utilizado; não cabendo recurso interno, a parte pode lançar mão do pedido de suspensão para o STF ou para o STJ, dependendo do fundamento do pedido, conforme estabelece o art. 25 da Lei n. 8.038, de 1990, a qual disciplina o trâmite dos processos nos tribunais superiores.

Se o pedido de suspensão se pautar em fundamentos constitucionais, a parte deve dirigi-lo ao STF. De outra sorte, quando baseia-se em fundamentos infraconstitucionais, o competente para apreciação do pedido de suspensão é o Superior Tribunal de Justiça.

Se houver concorrência entre fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, por força do art. 25 da Lei n. 8.038, de 1990, a competência é do Supremo Tribunal Federal, pois a matéria constitucional absorve a infraconstitucional,

---

<sup>48</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009, v. 3 p. 495.

<sup>49</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., REsp. n. 768480/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 17.11.2005, DJ 5.12.2005.

<sup>50</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009, v. 3, p. 496.

atribuindo-se competência ao Presidente do STF para apreciar o pedido de suspensão<sup>51</sup>.

Como a Constituição brasileira de 1988 é extremamente analítica, não são raras as situações em que se apresentam fundamentos constitucionais, motivo pelo qual a competência acaba, na prática, sendo do STF.

Quando a decisão cujos efeitos que se pretendem suspender parte de um juiz de Direito e seja mantida pelo tribunal, ainda é cabível renovação do pedido de suspensão para o STF ou o STJ, conforme o fundamento da demanda seja constitucional ou infraconstitucional.

O pedido de suspensão, em todos esses casos, deve ser dirigido ao presidente do tribunal competente. Não há requisitos formais estipulados em lei para a petição que postula a suspensão dos efeitos do provimento jurisdicional, mas são necessários a narrativa da decisão que se impugna, a demonstração do interesse público violado e requerimento para suspender os efeitos da decisão.

Recebida a petição, o presidente do tribunal poderá adotar uma das seguintes providências: a) determinar a emenda da petição, para que se esclareça o seu conteúdo ou provas em que se funda; b) denegar o pedido de suspensão, se não houver lesão ao interesse público; c) intimar autor e Ministério Público, para que se pronunciem no prazo de 72 horas; d) conceder o pedido liminarmente, quando houver plausibilidade do direito invocado e urgência para a concessão da medida.

A decisão do presidente do tribunal que defere ou nega o pedido de suspensão é impugnável por meio de agravo interno que deve ser julgado pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal.

Temporalmente, a medida pode ser postulada em qualquer momento antes do trânsito em julgado da ação principal que se verifique a lesão ao interesse público<sup>52</sup> e, uma vez concedida a suspensão, sua eficácia perdura até o trânsito em julgado da decisão na ação principal, nos termos do §9º do art. 4º da Lei n. 8.437, de 1992.

Registre-se, por fim, que a interposição de agravo de instrumento contra a liminar concedida nas ações movidas contra a Fazenda Pública e seus agentes não condiciona nem prejudica o julgamento do pedido de suspensão, nos termos do §6º do art. 4º da Lei n. 8.437, de 1992. Isso implica dizer que há possibilidade de utilização concomitante de agravo de instrumento e de pedido de suspensão dos efeitos do provimento jurisdicional contrários à Fazenda Pública.

Em linhas gerais, esse é o procedimento dos pedidos de suspensão dos efeitos dos provimentos de urgência em desfavor do Poder Público.

### **3.2.2 As Suspensões no Supremo Tribunal Federal: Apresentação dos Dados Coletados**

Como já informado, a pesquisa que ora se apresenta resulta da análise das suspensões de segurança, suspensões de liminares e suspensões de tutela antecipada com acórdãos publicados e disponibilizados no sistema de consulta do site do STF que possuem as palavras-chave “fornecimento” e “medicamento” e que foram julgados até

---

<sup>51</sup> Registre-se o entendimento contrário de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem o art. 543 do CPC deveria ser aplicado analogicamente, com interposição simultânea de dois pedidos de suspensão, um para o STJ e outro para o STF. RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2001. p. 113.

<sup>52</sup> É possível que o risco surja em momento posterior ao da prolação da sentença ou da liminar atacadas. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2000, n. 97, p. 188.

27 de abril de 2009, data de início da Audiência Pública da Saúde no STF.

Registre-se que foram eliminadas do objeto de análise todas as decisões sobre pedidos de suspensão que, embora selecionados pela consulta jurisprudencial, versam sobre tema diverso da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento por entes públicos.

Também é importante esclarecer que só foram analisadas as decisões monocráticas da Presidência, motivo pelo qual eventual apreciação de recurso de agravo regimental para o Plenário não foi objeto de estudo.

Assim, a pesquisa debruçou-se sobre a análise de 43 precedentes, dos quais 42 possuem julgamento de mérito, enquanto um se trata de despacho de intimação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para prestar esclarecimentos sobre determinado medicamento.

Referidas classes processuais foram escolhidas porque refletem decisões judiciais em que há conflito de interesse entre o público e o privado, na medida em que as instâncias ordinárias condenam o Estado a fornecer os medicamentos pleiteados e os entes públicos postulam a suspensão dos efeitos do provimento jurisdicional, alegando violação aos interesses públicos primários.

Ademais, essas classes processuais revelam a visão institucional da mais alta corte do Brasil, que é quem decide, em última instância, conflitos de interesses envolvendo questão constitucional. Os pedidos de suspensão demonstram o desfecho dado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal a uma discussão jurídica que se arrasta desde as instâncias ordinárias.

O número final de decisões apreciadas, após a aplicação dos filtros de pesquisa, também contribuiu para a escolha dessas classes processuais, já que fornecem dados preciosos a um custo-benefício razoável.

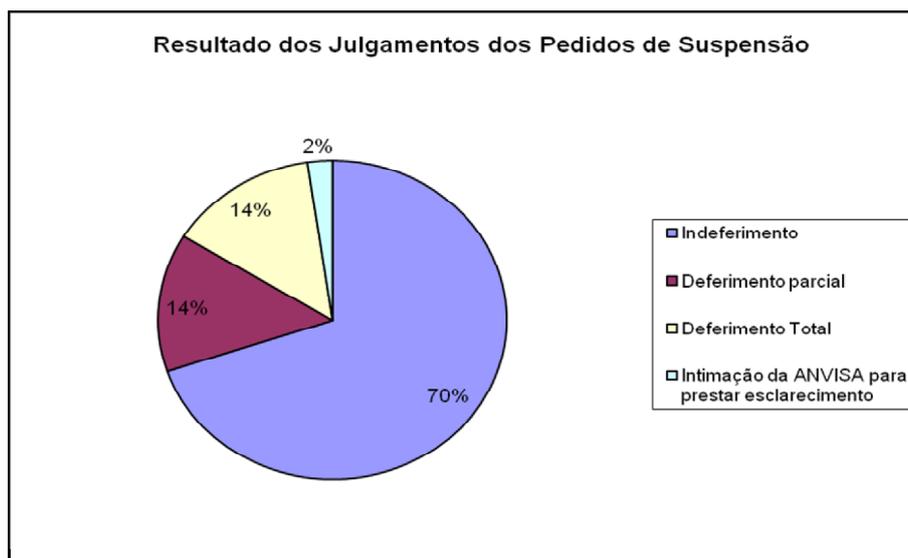
A escolha de recursos, como agravos de instrumento ou recursos extraordinários, não seria oportuna porque há muitas decisões terminativas que concluem pela inadmissibilidade desses recursos, diante da falta de pressupostos de admissibilidade. O mérito da discussão não chega a ser efetivamente analisado.

A análise organizada dos precedentes escolhidos permite constatar o índice de deferimento dos pedidos de suspensão que são protocolizados no STF, os argumentos que mais influem para que a decisão seja em um ou em outro sentido e a forma como são tratados os pedidos de suspensão por cada um dos ministros presidentes da Corte ao longo do tempo, conforme se demonstra a seguir.

Na grande maioria das decisões analisadas, percebeu-se que o pedido de suspensão foi indeferido. A tabela a seguir demonstra o desfecho de cada um dos julgamentos:

<b>Resultado dos Julgamentos dos Pedidos de Suspensão</b>	
<b>Resultado</b>	<b>Nº de Decisões</b>
Indeferimento	30
Deferimento parcial	6
Deferimento Total	6
Intimação da ANVISA para prestar esclarecimento	1

Assim, percebe-se que o índice de indeferimento dos pedidos de suspensão é altíssimo, alcançando número maior que o dobro dos casos de deferimento, total ou parcial, do pedido. Como pode ser observado gráfico abaixo, o índice de indeferimento dos casos analisados foi de 70%:



Outra inferência que se pôde ter a partir do estudo dos precedentes foi que a possibilidade de deferimento do pedido de suspensão variou de acordo com o tempo e com a gestão de diferentes ministros na Presidência do STF.

A totalidade dos pedidos de suspensão julgados pelos Ministros Octávio Gallotti, Nelson Jobim e Gilmar Mendes foram indeferidos.

Em apenas um dos casos apreciados pelo Ministro Gilmar Mendes não se verificou a ocorrência de indeferimento do pedido, mas também não houve julgamento de mérito. Trata-se de um mero despacho no qual o Ministro determina seja intimada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – para prestar esclarecimentos sobre a eficiência e a possibilidade de comercialização no Brasil de determinado medicamento<sup>53</sup>.

Apenas na gestão da Ministra Ellen Gracie houve deferimento em relação a alguns pedidos de suspensão propostos pela Fazenda Pública no Supremo Tribunal Federal.

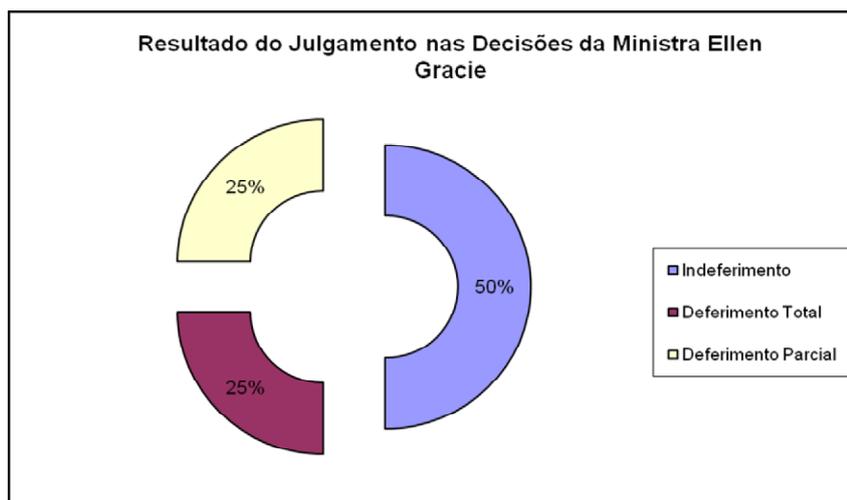
Das vinte e quatro decisões proferidas pela Ministra, houve indeferimento do pedido de suspensão em doze casos, deferimento total do pedido em seis e deferimento parcial em outras seis situações.

<b>Decisões da Ministra Ellen Gracie</b>	
<b>Resultado do julgamento</b>	<b>Quantidade de decisões</b>
Indeferimento	12
Deferimento Total	6
Deferimento Parcial	6

Assim, a Ministra Ellen Gracie indeferiu 50% dos pedidos de suspensão de segurança que foram julgados durante a sua gestão na Presidência do STF e que já possuem acórdão publicado.

As outras decisões proferidas são pelo deferimento do pedido, seja ele total ou parcial.

<sup>53</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 244.

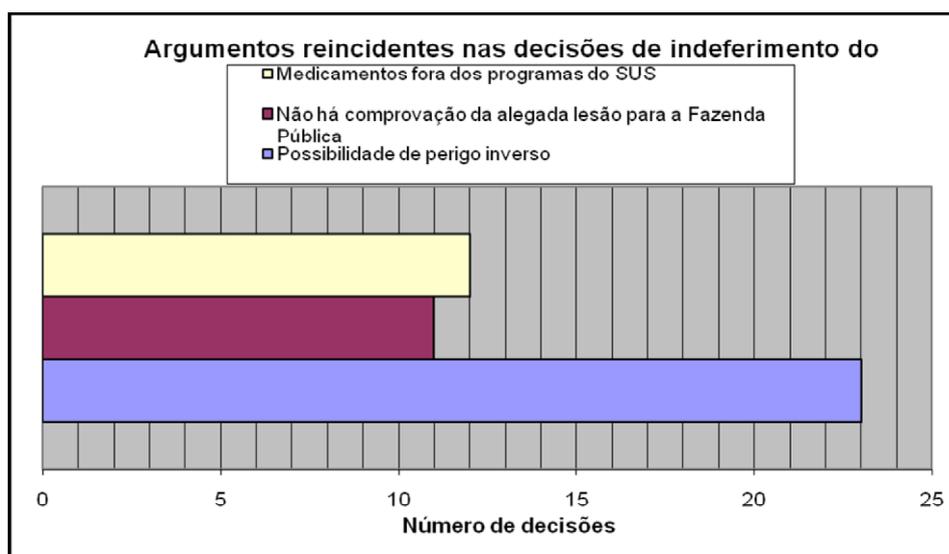


Mais interessante do que descobrir a quantidade de pedidos de suspensão deferidos é avaliar os argumentos ponderados na fundamentação das decisões analisadas.

Da leitura das decisões, depreende-se a reincidência de alguns argumentos, quer nas decisões de deferimento, quer nas de indeferimento do pedido.

Registre-se que uma mesma decisão pode conter mais de um argumento repetitivo, motivo pelo qual a soma de ocorrências não corresponde ao total de decisões avaliadas.

Nas decisões de indeferimento do pedido, percebeu-se que três critérios são muito considerados para se decidir pela manutenção dos efeitos da decisão que a Fazenda Pública quer suspender: a possibilidade de perigo inverso para a pessoa que pleiteia o medicamento, caso a medida de contracautela seja concedida; ausência de comprovação objetiva da lesão que a Fazenda Pública alega ocorrer; e o fato de os medicamentos pleiteados possuírem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mesmo estando fora dos programas de dispensação de medicamentos do Ministério da Saúde.



Em 23 decisões analisadas, a possibilidade de ocorrência de perigo de dano inverso para o postulante foi fundamental para que a decisão impugnada não

tivesse os seus efeitos suspensos. Esse argumento esteve presente em 53,5% do total de decisões analisadas.

Tendo em vista que ações envolvendo o direito à assistência farmacêutica normalmente giram em torno de um risco de morte e/ou piora no estado de saúde do postulante do medicamento, é muito difícil que não ocorra o perigo de dano inverso.

A inexistência de perigo de dano inverso também influencia nas decisões que concluem pelo deferimento do pedido da Fazenda Pública (50% das decisões de deferimento total do pedido levaram em consideração o fato de a doença da postulante, acometida de infertilidade feminina, não ensejar referido *periculum in mora* inverso<sup>54</sup>).

Outro ponto que chamou atenção na análise das decisões de indeferimento dos pedidos de suspensão foi a manutenção da decisão impugnada em relação aos medicamentos que se encontram fora dos programas de dispensação do Ministério da Saúde.

A grande maioria das decisões em que o Estado foi condenado a fornecer esse tipo de medicamento foi mantida, a pretexto de que o medicamento possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que atesta sua segurança para o consumo.

Mais curioso ainda foi o julgamento da Suspensão de Segurança n. 3.205, no qual a Ministra Ellen Gracie asseverou que, embora o medicamento seja importado, ele está efetivamente auxiliando no tratamento do enfermo, motivo pelo qual se decidiu manter os efeitos da decisão impugnada.

Esse é um claro caso de ativismo judicial por inovação material do Direito. Embora não haja previsão para o fornecimento do medicamento no Programas de Dispensação do Ministério da Saúde, o Judiciário condenou a Fazenda Pública a fornecer medicamentos que possuem registro na ANVISA. Em alguns casos, sequer houve investigação acerca da existência de equivalentes terapêuticos na lista do SUS.

O terceiro ponto de alta reincidência nas decisões de indeferimento dos pedidos de suspensão levando em consideração foi a ausência de comprovação das alegações da Fazenda Pública. Embora se indicassem violações à ordem, saúde, economia e finanças públicas, os ministros do STF entenderam que não houve demonstração objetiva das alegadas violações em onze casos.

Esses foram os três argumentos mais recorrentes nas decisões de indeferimento do pedido, mas também houve reincidência de argumentos que influenciaram o deferimento da pretensão da Fazenda Pública:

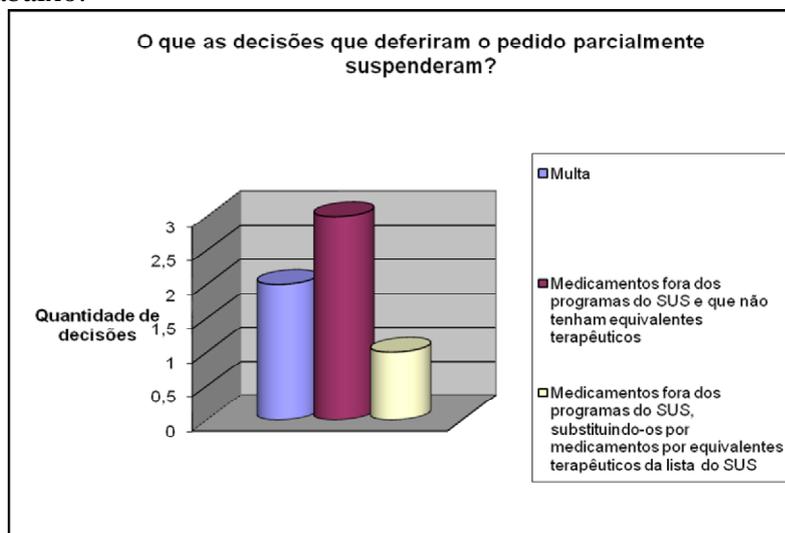
<b>Argumentos recorrentes nas decisões de deferimento total do pedido</b>	
<b>Argumento</b>	<b>Repetições</b>
Medicamentos fora dos programas do SUS	5
Efeito multiplicador da decisão	5
Ausência de perigo de dano irreparável	3

É interessante perceber a presença simultânea de dois argumentos em cinco das seis decisões que concederam o deferimento total do pedido de suspensão: possibilidade de efeito multiplicador da decisão que concede o medicamento pleiteado, na medida em que gera precedente e induz à proposição de outros pedidos; e ausência do fármaco nas listas do Programa de Dispensação do Ministério da Saúde.

A ausência de perigo de dano irreparável esteve presente em 50% das decisões de deferimento total do pedido.

<sup>54</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensões de Segurança n. 3263, n. 3322 e n. 3350.

No que tange às decisões que deferiram parcialmente o pedido, registre-se que só foram suspensos os efeitos da multa cominatória ou da condenação para fornecer medicamentos fora dos programas do Ministério da Saúde, como demonstra o gráfico abaixo:



Percebe-se que 33,33% das decisões de deferimento parcial do pedido só suspenderam a execução da multa cominatória. As demais decisões suspenderam a execução da parte da decisão impugnada que obrigou o Estado a fornecer remédios não elencados na lista de distribuição do Ministério da Saúde, sendo que, em uma das decisões, houve a substituição do remédio que o Estado fora condenado a fornecer por um equivalente terapêutico da lista do SUS.

### 3.2.3 As Suspensões no Supremo Tribunal Federal: Inferências

A análise das decisões judiciais permite que se chegue a algumas conclusões.

A influência do perigo de dano foi efetivamente constatada. Há maior probabilidade de indeferimento da medida de contracautela se houver *periculum in mora* inverso, ao passo que a inexistência de perigo de dano inverso acarreta maiores chances de deferimento do pedido de suspensão.

Não foi possível concluir se o fato de o medicamento pleiteado se encontrar fora dos programas de dispensação de medicamentos do Ministério da Saúde, por si só, influencia a decisão judicial, tendo em vista que, diante dessa mesma situação, houve pronunciamentos judiciais diversos.

Ora se suspendeu os efeitos da decisão impugnada, ora se disse que a falta de previsão do medicamento na lista de fármacos do Ministério da Saúde não tem o condão de afastar a obrigatoriedade do fornecimento do remédio pelo Estado, desde que haja registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Não houve, pois, coerência entre as decisões quando da avaliação desse critério. Isso é uma consequência de ativismo judicial.

Se fossem observados os programas preestabelecidos pelos órgãos políticos, a postura adotada pelo Judiciário seria mais coerente: se o medicamento estivesse na lista do SUS, o Estado seria condenado a fornecê-lo; se não estivesse, deveria tentar universalizar o acesso a essa política pública o mais breve possível, mas não ser condenado à sua imediata implementação pontual para um cidadão.

Por fim, a ausência de demonstração objetiva das lesões alegadas pela Fazenda Pública sempre pesou para o indeferimento dos pedidos de suspensão.

Quanto ao índice de indeferimento de 70% dos pedidos de suspensão julgados até 27 de abril de 2009 e cujas decisões estão disponibilizadas no sítio eletrônico do STF, basta informar que ele é maior que o dobro da soma de todas as decisões em que o pedido de suspensão, total ou parcial, foi deferido para se obter mais um indício de que o Estado tem sido condenado a fornecer, a pretexto de cumprimento do impostergável dever de zelar pela saúde pública, prestações de assistência farmacêutica das mais diversas.

Questiona-se, então, se essas decisões são ativistas.

Saul Tourinho Leal<sup>55</sup> faz uma distinção entre ativismo e altivez semelhante à diferente entre ativismo judicial e judicialização da política, a qual foi apresentada no primeiro capítulo deste trabalho.

Para o autor, o Supremo Tribunal Federal é altivo:

Questões polêmicas podem ser facilmente compreendidas por meio de uma rápida leitura ao texto constitucional. Qual a dificuldade há em perceber que o Estado não deve prestar-se ao papel de longa manus da esfera familiar? Como dizer que para vedar o nepotismo é necessária a deliberação popular por meio do Congresso Nacional? Da mesma forma, como deixar de notar que a utilização das algemas exclusivamente como instrumento de exposição vexatória afronta a dignidade da pessoa humana?<sup>56</sup>

Nesse trecho, o autor refere-se a posturas invasivas do Supremo Tribunal Federal, qualificando-as como altivas. Entretanto, ele reconhece a existência de falhas nos julgamentos do STF quando a Corte se propõe ser altiva.

Ouso discordar que súmula vinculante do nepotismo<sup>57</sup> decorra de altivez. Trata-se, na realidade, de ativismo judicial por inovação material do direito. Os princípios da moralidade e da impessoalidade esculpidos no Texto Constitucional não são capazes de revelar o grau de parentesco que impede a ocupação de cargos públicos por familiares.

De igual modo, a pesquisa ora apresentada retrata um inequívoco caso de ativismo judicial. Deve-se ter em mente que a norma do art. 196 da Constituição

---

<sup>55</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163 e ss.

<sup>56</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163.

<sup>57</sup> Súmula Vinculante 13 – A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

assegura o direito à saúde, referindo-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.

As decisões analisadas se propõem a solucionar problemas pontuais da sociedade, mas podem comprometer a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas e injustificado embaraço nas prestações universais de saúde, o que contraria a Constituição.

Ademais, diante da ausência de parâmetros de julgamento preestabelecidos, já que houve inovação material do direito, surge uma gravíssima consequência do ativismo judicial: coexistência de decisões divergentes para casos análogos.

No próximo capítulo, demonstra-se como a repercussão geral pode auxiliar a resolver esse problema de decisões divergentes para situações idênticas.

#### **4 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO JUDICIÁRIO - ANÁLISE DO RE 566.471**

Nos capítulos anteriores se demonstrou a postura ativista do Supremo Tribunal Federal em relação à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos e tratamentos aos que deles necessitam.

Demonstrou-se que até 27 de abril de 2009, a grande maioria dos pedidos de suspensão de segurança apreciados pelo STF foi indeferida e que não há consistência nas fundamentações da Corte, haja vista que a mesma circunstância ora servia para deferir os pedidos de suspensão, ora para não acolhê-los.

Partindo do pressuposto de que o posicionamento do STF no que toca à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos e tratamentos médico-hospitalares é ativista, a questão agora reside em saber como minimizar os efeitos nocivos dessa postura.

O reconhecimento de repercussão geral ao Recurso Extraordinário n. 566.471 fez história, pois a decisão de mérito a ser proferida no referido recurso servirá de parâmetro para todas as causas que versam sobre fornecimento de medicamento de alto custo.

Esse processo versa sobre a responsabilidade do Estado acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo que está fora dos programas do SUS. A decisão de mérito a ser proferida pelo STF definirá parâmetros para a atuação de todo o Poder Judiciário, uma vez que o decidido nesse processo vai espraiar efeitos para todos os outros que tratem no mesmo tema desse paradigma do STF.

O objetivo deste capítulo é analisar referido paradigma, refletindo sobre os impactos que a decisão de mérito que será lançada acarretará na jurisdição constitucional brasileira e a extensão que será dada ao conteúdo do direito fundamental à saúde.

#### **4.1 TEORIA DA REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO<sup>58</sup>**

Visando a racionalizar a prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários.

A norma constitucional foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 2007, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil brasileiro, e também pela Emenda n. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro dos dispositivos processuais civis autoriza a Corte Suprema a

---

<sup>58</sup> Sobre o procedimento da repercussão geral, indicam-se as leituras de: MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 342-348; DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 211 e SS; e VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 23-33.

não conhecer os recursos extraordinários quando a questão discutida nos autos não envolver matéria constitucional ou a matéria constitucional envolvida não for qualificada pela relevância social, econômica, política ou jurídica.

Assim, o Tribunal passou a ter competência para selecionar as lides que julgará, focando atenção nas que considera mais importantes no cenário nacional, aquelas que não prescindem de manifestação do Supremo e cujas decisões têm forte impacto no mundo jurídico.

Se o recorrente visa a impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ele tem uma presunção de existência de repercussão geral em seu favor (art. 543-A, §3º). Ainda assim, ele deve apresentar preliminar demonstrando a repercussão geral do tema, sob pena de indeferimento liminar do recurso<sup>59</sup>.

O Supremo Tribunal Federal entende que os recursos das decisões cujas intimações ocorreram após 3/5/2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, só serão admitidos se apresentarem preliminar formal de repercussão geral, para atender às exigências do art. 543-A, §2º, do Código de Processo Civil.

O favorecimento que decorre da presunção acima mencionada não é, portanto, a dispensabilidade da preliminar formal, mas da submissão da causa à aferição da existência ou não da repercussão geral, pois é óbvio que há pelo menos relevância jurídica nos recursos que impugnam decisões contrárias a orientações já consolidadas do Supremo Tribunal Federal.

Os demais casos são submetidos à votação, sendo necessário o quorum qualificado de dois terços dos membros da Corte (oito ministros) para que se reconheça ausência de repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição da República).

Quando não se reconhece repercussão geral em determinada matéria, está-se afirmando que a discussão envolvida não é hábil a ensejar manifestação extraordinária do Judiciário, mas isso não significa que a causa tenha pouca relevância. É possível que se trate de matéria constitucional (relevante, portanto) que não ultrapasse os interesses subjetivos das partes ou de questão infraconstitucional de alta relevância. Em nenhum dos casos, o Supremo Tribunal Federal manifestar-se-á.

Reconhecida a repercussão geral, o STF pode devolver aos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema. As instâncias de origem devem sobrestar os processos até o julgamento de mérito do processo paradigma, inclusive os anteriores a 3/5/2007, desde que se reconheça a existência de repercussão<sup>60</sup>.

Julgado o mérito, os tribunais de origem e as turmas recursais ficam autorizados a adotar os procedimentos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Referido dispositivo estabelece que os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais e turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados, quando a decisão do Supremo for compatível com o acórdão recorrido, ou retratar-se, quando houver incompatibilidade entre o acórdão recorrido e a decisão do STF.

Em síntese, houve uma racionalização do modo de prestação jurisdicional.

Se há repercussão geral, o STF julga um caso e remete os processos com

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 569.476, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, J. 2/4/2008, DJe de 25/4/2008.

<sup>60</sup> Ver Questão de Ordem em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 715.423, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, J. 11/6/2008, DJe 5/9/2008. O Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplica a sistemática da repercussão geral aos processos cuja intimação da decisão recorrida ocorreu antes de 3/5/2007, se for reconhecida a existência de repercussão geral.

idêntica discussão jurídica aos tribunais de origem, para que julguem os recursos prejudicados, quando há coincidência de entendimento entre os tribunais, ou se retratem de suas decisões, aplicando a orientação adotada pela Corte Suprema.

Por outro lado, quando inexistente repercussão geral, a discussão não está apta a instaurar a jurisdição extraordinária, seja porque não há questão constitucional, seja porque ela não transcende ao interesse subjetivo das partes.

O primeiro caso não enseja a inexistência de prestação jurisdicional, pois há outros órgãos na estrutura do Poder Judiciário responsáveis pelo julgamento dos feitos.

A outra situação é meio para atingir com mais eficiência o mesmo resultado prático, diante da indiferença entre o indeferimento casuístico e o indeferimento liminar e legal dos recursos extraordinários que versam sobre matéria infraconstitucional.

Em linhas gerais, esse é o delineamento legal da repercussão geral.

#### **4.2 UM CASO PARADIGMÁTICO: RE 566.471**

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer proposta por Carmelita Anunciada de Sousa em desfavor do Estado do Rio Grande do Norte, na qual se pleiteia seja compelido o estado-membro a fornecer remédio de alto custo não previsto no programas de distribuição de medicamento do SUS.

Considerando que o medicamento é imprescindível ao resguardo da saúde da solicitante, o juiz singular concedeu antecipação de tutela, a qual foi confirmada no julgamento de mérito.

Em face dessa decisão, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs apelação cível, a qual foi conhecida e não provida por unanimidade.

Inconformado, o estado-membro apresentou o presente recurso extraordinário, postulando pela nulidade do acórdão recorrido.

Dentre os argumentos invocados pela Fazenda Pública, com o objetivo de reformar a decisão recorrida, destacam-se os que são expostos a seguir.

O primeiro argumento lançado pelo Estado do Rio Grande do Norte é o efeito multiplicador que a decisão pode acarretar, tendo em vista o enquadramento de um sem número de pessoas na mesma condição fático-jurídica da solicitante, as quais seriam induzidas a pleitear medicamentos dos mais diversos ao Judiciário.

Aduz-se que toda vez que se determina o fornecimento de medicamento não inserto no programa previsto pelo ente público, há lesão à ordem e à economia públicas, tendo em vista a violação ao princípio da legalidade orçamentária.

Condenações que obrigam o fornecimento de medicamento de alto custo, como o caso do paradigma (mais de R\$ 20.000,00 cada caixa), e que beneficiam a uma só pessoa prejudicam muitas outras, pois o Estado desvia recursos previstos para fazer face às políticas públicas de saúde universais para o cumprimento de decisões judiciais.

Ademais, os recursos públicos são finitos, enquanto as necessidades sociais infinitas. O juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais para tanto.

O enfermo tem o direito de ser tratado da mazela que o aflige, mas não de ditar qual o tratamento a que deve se submeter. Não se deve confundir direito à saúde com direito à remédio.

O recorrente alega, por fim, ser evidente que a Carta Magna não traz um dispositivo sequer que obrigue o Estado a fornecer medicamentos, mas apenas determina que ele escolha quais as intervenções sociais e econômicas fará para atingir a

utopia de assegurar o direito à saúde para todos e que o Sistema Único de Saúde terá como diretriz o atendimento integral: a disponibilização de serviço médico, quer preventivo quer curativo, à população, o que não engloba o fornecimento de medicamentos.

Embora seja um caso paradigmático, não há contrarrazões.

O processo encontra-se concluso para julgamento.

### 4.3 UM ASSUNTO IRRESOLUTO

Ainda não se sabe qual será o desfecho do julgamento desse processo, mas se espera que ele não seja analisado como um caso pontual, tendo em vista que se trata de um processo paradigma.

O julgamento há de ser criterioso, seguindo um processo de ponderação rígido e com enfrentamento dos principais argumentos lançados pelas partes.

No levantamento de dados apresentado no capítulo anterior, percebeu-se que um critério – medicamento fora dos programas de dispensação do Ministério da Saúde – ora servia de fundamento para o deferimento do pedido de suspensão de segurança, ora para o seu indeferimento.

Esse tipo de incoerência não pode ocorrer no processo paradigma, pois ele é parâmetro para todos os processos que versam sobre a matéria em tela – concessão de medicamentos de alto custo que não se encontram nos programas de distribuição do Ministério da Saúde –, que se avolumam em todo o país, em progressão geométrica.

Algumas decisões judiciais condenam o Estado a fornecer medicamentos importados e que ainda estão em fase experimental, sem se falar na responsabilidade solidária que o Judiciário insiste em impor aos entes políticos, que veem os seus esquemas de atuação e partilha de atribuições – sendo cada um responsável pelo fornecimento de determinados medicamentos – frustrados.

Quando um hipossuficiente tenta sem sucesso conseguir um remédio, ele recorre ao Judiciário, que não analisa quem é o responsável pelo fornecimento do remédio e condena todos os entes federados solidariamente.

Decerto, o Judiciário tem que tutelar o direito à saúde, isso é óbvio, mas sua atuação deve priorizar a saúde da coletividade. Não se sustenta que o Estado deixe os necessitados morrerem à míngua, mas a atuação não pode ser excessiva, ou acabará gerando uma crise de governabilidade no país.

Diversos processos que versam sobre esse tema do processo paradigma já foram devolvidos aos tribunais de origem. Muitas pessoas aguardam o desfecho dessa história.

Embora se tenha ciência de que o paradigma não solucionará todos os problemas relacionados ao direito social à saúde e ao ativismo judicial, ele certamente acabará com a loteria judicial sobre a concessão de medicamentos de alto custo fora dos programas do SUS, pois uniformizará a jurisprudência. Atualmente, as inúmeras decisões contraditórias existentes, inclusive no STF, sobre o tema deixam o jurisdicionado a mercê da sorte.

Ainda que a decisão do STF tenha um cunho ativista, condenado os entes públicos a fornecerem esses medicamentos, ela será universal, assim como as políticas públicas devem ser.

Percebe-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, no que toca às políticas públicas de saúde são ativistas, mas o termo ativismo judicial, por si só, não tem uma carga negativa.

A propósito, há autores, como Antônio Umberto de Souza Júnior, que

defendem ferrenhamente a adoção de postura ativista pelo STF:

Como visto, a questão da legitimidade democrática é poliédrica. Evidente que as deformações do sistema democrático no móbil político não convertem, isoladamente, os tribunais em sítios democráticos de solução dos conflitos políticos: mostram, sim, a fragilidade da premissa de um significativo contraste de legitimidade democrática entre o Judiciário e outros poderes. Mais que isto, o esforço deste final de viagem concentrou em procurar mostrar, por vários enfoques, a viabilidade democrática (e até a imprescindibilidade) da abordagem judicial de temas políticos.<sup>61</sup>

O problema, portanto, transmuta-se da atuação ativista para a atuação incoerente do Judiciário.

Como visto no capítulo anterior, a mesma fundamentação é utilizada tanto para acolher o pleito da parte quanto para rejeitá-lo.

Nesse contexto, torna-se imperioso o julgamento do RE n. 566.471, já que definirá os parâmetros para atuação de todo o Judiciário no tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, propiciando meios para um sistema judicial justo e uniforme.

---

<sup>61</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 116.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, centrou-se na problemática decorrente do ativismo judicial no controle das políticas públicas de saúde de fornecimento de fármacos e tratamentos médico-hospitalares.

A diferença entre judicialização da política e ativismo judicial que se fez no primeiro capítulo desta monografia foi necessária para que se conclua o trabalho afirmando que aquela é necessária para a construção da democracia em sentido material.

Se o Estado não cumpre suas obrigações preestabelecidas, principalmente pela Constituição, faz-se necessária a intervenção do Judiciário, a fim de que se garanta força normativa à Constituição e às leis.

Assim, se uma política pública é descumprida, o Judiciário pode e deve ser acionado para obrigar o seu cumprimento.

Entretanto, o ativismo judicial por inovação material do direito deve ser contido. Apenas em situações excepcionais ele pode ser admitido.

Sobre o controle judicial de políticas públicas, o direito à saúde é o mais polêmico. O ativismo do Judiciário cresceu tanto que já se cogita uma crise de governabilidade.

Ao condenar o Executivo a realizar determinada prestação material, o Judiciário compromete parte do orçamento público. Quando se está diante de ações individuais, as verbas públicas que seriam destinadas a programas coletivos são desviadas para uma só pessoa.

Nesse contexto, percebe-se um conflito entre o direito à vida ou saúde de uma pessoa e o direito à vida ou saúde da coletividade. Nesse caso, é o direito coletivo que deve prevalecer, ante o postulado da supremacia do interesse público sobre o privado.

Quando o Executivo é condenado a custear tratamentos de saúde caríssimos em benefício de uma única pessoa, o Estado deixa de investir esse dinheiro em programas preventivos de saúde, que, a médio e longo prazo, são mais eficientes para toda a coletividade.

Por todo o exposto, são muito questionadas as decisões judiciais que condenam o Estado a fornecer todo tipo de assistência farmacêutica que lhe é pleiteada, inclusive custeio de medicamentos importados ou em fase experimental, tratamentos médico-hospitalares a serem realizados no exterior ou fármacos que estão fora dos programas do SUS, ainda que possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, demonstrou-se a falta de coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em estudo, tendo em vista que o mesmo argumento ora foi invocado para fundamentar o deferimento dos pedidos de suspensão de segurança ajuizados pela Fazenda Pública, ora para manter os efeitos das decisões recorridas.

As políticas públicas devem ser universais, caso contrário, o destino dos cidadãos é decidido por sorte: se houver Defensoria Pública na localidade, os hipossuficientes podem ser assistidos e pleitear medicamentos no Judiciário; o resultado da lide também será influenciado pela distribuição do processo para um magistrado mais liberal ou para um mais conservador; eventualmente, também é possível que o jurisdicionado, em virtude de provimentos liminares, receba tratamento antes de um cidadão que se inseriu completamente na política pública estabelecida pelo Estado e já está há anos na fila de espera.

Essas são apenas algumas consequências de um ativismo judicial exacerbado em torno das políticas públicas de saúde. Embora haja a louvável intenção de se construir um Estado justo e solidário, como preceituado nos objetivos da Constituição, não há justiça onde faltam critérios objetivos para pautar o controle judicial de políticas públicas e o desfecho das decisões é fortemente influenciado por sorte.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 566.471, que versa sobre a obrigação estatal de fornecer remédios de alto custo que não estão elencados nos programas do SUS, há que pôr fim à loteria judicial do fornecimento de remédios. Ainda que se adote uma postura ativista nesse processo paradigma da repercussão geral, essa orientação será uniforme para todos os juízos brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: 26/ago/2009.
- BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de direito no contexto do neo-constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007, Manaus. **Anais eletrônicos**. Disponível em <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz\\_henrique\\_urquhart\\_cadernartori.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf)>. Acesso em 18 out. 2009.
- CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. In: **Judicature**. v. 66, n. 6, dec-jan, 1983.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009, v. 3.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral:** e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura da audiência pública da saúde. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso: 10/out/2009.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada.** In: Cadernos de Direitos Humanos 1: Direitos Negados: Questões para uma política de direitos humanos. Rio de Janeiro: Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Esboço de uma metódica do direito constitucional.** In: Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. **Revista de processo.** São Paulo: RT, 2000, n. 97.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Suspensão de segurança:** sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas.** Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TATE, N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, N.; VALLINDER, T. (org). **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: University Press, 1995.

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

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Dos direitos sociais na Constituição do Brasil.** Disponível em <[http://www.ufnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso\\_carlos\\_dos\\_direitos\\_sociais\\_na\\_cf.pdf](http://www.ufnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf)>. Acesso em 16/maio/2009.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ZACCARIA, Giuseppe & VIOLA, Francesco. **Derecho e Interpretación.** Elementos de teoria hermenéutica del Derecho. Madrid: Dykinson, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** leys, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2007.