



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE:
PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Brasília - DF, 2019

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE:
PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília - DF, 2019

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE:
PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
(Membro Examinador)

Prof. Dr. Sérgio Silveira Banhos
(Membro Examinador)

Ao meu pai, Reynaldo Soares da Fonseca, por ter sido sempre meu norte orientador.

À minha mãe, Luziana do Vale Campos Soares da Fonseca, por todo apoio, carinho e amor prestados na minha vida.

Aos meus irmãos, Rafael e Gabriel, pelo companherismo, pela ajuda e pela sinceridade de sempre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela graça da vida, pela família e amigos que tenho e por tudo que conquistei. Obrigado por ter me guiado nesta missão tão árdua.

Agradeço também ao meu pai, Reynaldo Soares da Fonseca, grande magistrado e excepcional ser humano, por ter me proporcionado tudo o que eu poderia querer na vida e por ter sempre me orientado pelo bom caminho. Meu grande ídolo!

Agradeço à minha mãe, Luziana do Vale Campos Soares da Fonseca, por ter amado, por ter abdicado um pouco de sua vida profissional por mim e meus irmãos, por ter sempre estado ao meu lado, por ter rezado por mim e por ter “pegado no meu pé” para que eu pudesse conquistar meus objetivos.

Agradeço aos meus irmãos, Rafael e Gabriel, meus grandes companheiros de toda vida, por terem contribuído com algumas dicas e orientações e por funcionarem sempre como inspiração. Estendo o agradecimento à Karen, minha cunhada, pelo carinho de sempre.

Agradeço à Lara, minha namorada, por ser o encanto da minha vida e minha força nas horas mais desafiadoras, por me iluminar e por não ter me deixado desistir.

Agradeço ao Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, meu orientador, meu tutor e grande inspiração profissional, por ser esta pessoa diferenciada e por ter me ajudado decisivamente em vários momentos cruciais da minha vida. Eu me emociono ao dizer que nunca vou poder devolver o que o senhor fez por mim.

Agradeço ao Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, querido amigo do coração, por ter apostado em mim e pelo afeto de sempre. Foi um orgulho ter viajado o Brasil espalhando cidadania ao lado de uma pessoa de quem serei eternamente fã!

Agradeço ao Ministro Sérgio Silveira Banhos, respeitado jurista, procurador e magistrado, pela acurada análise do meu trabalho e pelos ensinamentos que constantemente me concede. Igualmente, ao Professor Luiz Rodrigues Wambier, modelo de professor e ser humano, pelas lições de processo civil e de vida e pelas contribuições dadas à realização do trabalho.

Agradeço ao meu querido amigo Bruno Leal, irmão que a vida me deu, ao meu primo Geovanne Amorim, por ser a pessoa com quem eu mais convivo e em quem eu mais confio, e ao meu amigo-irmão Daniel Castro, por ter me auxiliado nos momentos mais difíceis da minha vida, sem esperar absolutamente nada em troca.

Agradeço ao Ministro Og Fernandes, por ter me acolhido em seu gabinete, me valorizado, me tratado com tanto respeito e me orientado em uma das missões profissionais mais complexas que eu já tive. Eu não tenho como descrever a admiração que nutro pelo senhor. Na pessoa dele, agradeço a todos os meus colegas de trabalho do TSE pela amizade, ajuda, acolhimento e ensinamentos que me dispensaram. Como eu fui feliz naquele Tribunal!

Por fim, agradeço à Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul, nas pessoas de sua Procuradora-Geral, Dra. Fabíola Marquetti – minha querida amiga –, do Procurador-Chefe da Representação de Brasília, Dr. Ulisses Viana – grande professor, amigo e companheiro de jornada – e do Dr. Kaoye Guazina – meu grande amigo, colega de concurso, que sempre me recebeu muito bem em Campo Grande. A esta instituição devo a oportunidade de ter feito um mestrado tão bom. Eu tenho muito orgulho de ser Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul e sempre vou ter, independentemente de qualquer coisa.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe o maior grau de proteção normativa já concedida à saúde, elevando-a à condição de direito social fundamental (art. 6º), incluindo-a no âmbito de proteção do conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade a que denominou de Seguridade Social (art. 194), estabelecendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), e traçando as diretrizes gerais para sua efetivação. Apesar dos avanços provocados pelo novo pacto constitucional, as instâncias representativas de poder têm falhado na missão constitucional de efetivação do direito social à saúde, frustrando as ambições e expectativas da população. Deflui daí que o Judiciário tem funcionado como última trincheira da sociedade na tentativa de implementação deste relevante direito fundamental. O Estado-Juiz vem correspondendo às pretensões dos indivíduos, mas às custas de consequências muitas vezes desastrosas e desestruturantes, sobretudo porque não observa algumas limitações. Para melhor entender este movimento, o primeiro capítulo do trabalho versa sobre o histórico do direito à saúde e sua positivação, com destaque para a Constituição de 1988 e para o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. No segundo capítulo, o foco recai sobre certas noções propedêuticas acerca do controle judicial da saúde, como a evolução do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e a atuação judicial, bem assim a nova cara do princípio da separação dos Poderes e do controle judicial de constitucionalidade/legalidade do direito à saúde. O terceiro capítulo é dedicado ao estudo do tema que está no centro do problema: judicialização da saúde e protagonismo judicial. Para isso, é preciso enfrentar o modelo Neoconstitucionalista e Pós-Positivista que contorna a temática. A discussão sobre o direito à saúde no Judiciário tem sido denominada de “Judicialização da Saúde” e a atuação judicial mais expansiva em nome da implementação de determinados valores com intervenção em espaços tradicionalmente afetos aos Poderes representativos é apelidada de “Ativismo Judicial”. As duas categorias reberão tratamento próprio, assim como suas relações, diferenças e a oposição ao protagonismo judicial. Apesar de a atuação jurisdicional em demandas que discutam concessão de medicamentos e tratamentos representar poderoso instrumento contra a ineficiência do Poder Público na concretização do direito fundamental à saúde, pode acarretar resultados nefastos para o Estado (erário) e para a sociedade, caso não seja devidamente balizada. No quarto e último capítulo, à luz de ensinamentos doutrinários e comandos jurisprudenciais, são investigados e propostos parâmetros para o controle judicial da política pública de medicamentos e tratamentos. Saliencia que o reconhecimento de direitos enseja justiciabilidade, a possibilidade de vindicá-los no Judiciário em caso de vulneração, mas consideradas determinadas limitações. Buscam-se critérios que compatibilizem a reserva do possível (limitações financeiras) com o mínimo existencial à saúde. Trata-se de fórmulas que mitiguem a falta de conhecimento técnico de magistrados na área da saúde e da responsabilidade solidária dos entes federados na execução das prestações materiais. Por fim, pesquisam-se as restrições ínsitas à litigância individual e a visão da coletivização da judicialização, defendendo-se esta última como instrumento prioritário, porém não exclusivo ou universal de tutela judicial.

Palavras-Chave: Judicialização da saúde. Protagonismo judicial. Parâmetros de controle judicial. Fornecimento público de medicamentos e tratamentos.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 established a high degree of normative protection to the fundamental right to health. Despite the important advances brought by our Constitution, the representative bodies of power - such as the Executive and the Legislative Powers – sometimes fail to materialize the constitutional provisions related to this fundamental right, therefore, frustrating the social expectations. In this context, in many situations, the Judiciary ends up being an important player in order to successfully correct these dysfunctions. Hence, Courts and Judges have been answering the individual claims related to the right to health, but often at the expense of disastrous budgetary consequences. It is ultimately important, then, to lay down standards for such judicial interventions. This is precisely what this research aims to do. To better understand the issues at stake, the first chapter deals with the history of the right to health highlighting its constitutional and international consolidations. The second chapter focuses on establishing certain propaedeutic notions regarding the judicial review of health policies, in a broader perspective: the overcome of the Liberal State assumptions and the new dynamics regarding the separation of powers in this paradigm. The third chapter is dedicated to the study of the relations between the Judicialization of Health and the increase protagonism gained by the Judiciary in solving conflicts involving the right to health. In order to do so, the Neoconstitutionalist and Post-positivist approaches are investigated. Subsequently, the terms Judicialization of Health, Judicial Activism and Judicial Protagonism are individualized: the differences and similarities between them are highlighted. The aim is to show that, on the one hand, the Judiciary can play an important role in the materialization of this fundamental: its rulings can be a powerful instrument against the State's inefficiency in this topic; but, on the other hand, if standards are not set up, these judicial interventions can lead to harmful budgetary results. The fourth and last chapter, in its turn, establishes these standards regarding the judicial review of health public policies, in light of the previous theoretical frameworks presented and other important judicial rulings on the topic. It stresses the importance of providing judicial standards that bear in mind *(i)* on the one hand, the State's financial limitations and, on the other hand, the citizens' existential minimum in regard to the right to health; *(ii)* the lack of specific medical knowledge from the Judges, and also the lack of knowledge from them in the public health management field; and *(iii)* the joint liability of the Union, States and Cities in terms of materializing this fundamental right. Finally, it highlights the inherent restrictions of individual litigation and the benefits of collective litigation, therefore, defending the latter as a priority, but not exclusive or universal, instrument of judicial intervention.

Keywords: Judicialization of health. Judicial protagonism. Standards for judicial review. Public health policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA POSITIVAÇÃO	15
1.1 O desenvolvimento normativo da saúde no Brasil	15
1.2 O direito à saúde nas Constituições.....	18
1.3 O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	23
1.4 Legislação infraconstitucional atual sobre direito à saúde	25
2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE	28
2.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito	28
2.2 A evolução da atuação judicial na garantia dos direitos sociais até o paradigma do Estado Democrático de Direito.....	37
2.3 A separação de Poderes e o controle judicial de constitucionalidade/legalidade dos direitos sociais	45
3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PROTAGONISMO JUDICIAL.....	55
3.1 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo jurídico	55
3.2 A judicialização da saúde	64
3.3 O ativismo judicial	69
3.4 Relações e distinções entre judicialização e ativismo judicial	74
3.5 Críticas ao protagonismo judicial.....	77
4 PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL NA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS	83
4.1 Justiciabilidade do direito à saúde e a necessidade de parâmetros.....	83
4.2 Direito ao mínimo existencial à saúde x reserva do possível.....	87
4.3 Falta de <i>expertise</i> do Judiciário e a responsabilidade solidária dos entes federados.....	107
4.4 Litigância individual x coletivização da judicialização.....	118
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	142

INTRODUÇÃO

É redundante falar que a saúde representa uma faceta indissociável do próprio existir, da aptidão de realização e autodeterminação humana, e funciona como fator essencial do bem-estar e da qualidade de vida.

Embora não seja fácil encontrar definição jurídica suficiente para o termo, a conceituação mais aceita nas comunidades jurídica e médica, desde 1946, é aquela trazida no preâmbulo do ato constitutivo da Organização Mundial de Saúde: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Desde a segunda década do século XX, o Direito vem atribuindo tratamento específico à saúde. Entretanto, sua juridicidade se consolidou depois da Segunda Guerra Mundial.

Nessa perspectiva, José Afonso da Silva aponta o art. 32 da Constituição italiana de 1947 como o primeiro marco positivo constitucional da matéria.¹ No ponto, articulou:²

Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social.

No Brasil, em que pese a existência de previsão na Constituição de 1934 sobre assistência médica e sanitária, associada à legislação do trabalho, apenas com a redemocratização o debate da consagração do direito humano à saúde como obrigação efetiva a ser proporcionada pelo Estado e da universalização dos serviços públicos de saúde ganhou verdadeira forma e intensidade.

¹ O dispositivo assim preconizou: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”. Disponível em: https://www.senato.it/applicati on/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 2 jul. 2019.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 311.

Nessa linha, a Constituição de 1988 positivou a matéria, ao insculpir em seu art. 6º:

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

No art. 196 ainda consignou:

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

Todavia, tais previsões normativas não foram suficientes ainda para concretizar o direito à saúde no país. Ao revés, entre o legal e o prático, verificou-se uma distância quase oceânica.

O quadro pode ser explicado por diversos fatores, que vão desde a efetiva falta de recursos financeiros e materiais necessários para cumprir o ambicioso projeto constitucional, passando pela ineficiência na gestão das receitas públicas, até às graves notícias e denúncias reveladoras de malversação do dinheiro que seria destinado aos serviços e políticas públicas, com participação, inclusive, de autoridades públicas e figuras importantes do setor privado.

Indignada e desguarnecida, a sociedade espera por melhorias a serem implementadas por agentes públicos – eleitos ou não –, que são recrutados pelo serviço público de acordo com o correspondente modelo constitucional. Ocorre que as expectativas muitas vezes não são preenchidas a contento.

Ao mesmo tempo, o tecido social se vê premido por necessidades imediatas, e precisa de provisões concretas na área. Em inúmeros casos, há risco real de vida. Por isso, os indivíduos não entendem os argumentos dados pela administração, nem mesmo a legítima invocação da ausência objetiva de recursos decorrente, por exemplo, de eventual frustração arrecadatória.

Demandas urgentes e infinitas, previsões constitucionais sérias, vinculantes e ousadas, escassez de recursos públicos, generalizada ineficiência, notório desperdício de dinheiro público e difundida corrupção formam um pano de fundo perfeito para um deslocamento do eixo de postulações da sociedade. Sai das instâncias representativas, integradas por agentes eleitos, inicialmente responsáveis pela formulação e execução

das políticas públicas, e entra no Judiciário, braço estatal que retira seu fundamento de validade da Constituição, portanto de uma força emanada do povo, mas não composta por atores investidos de mandato eletivo.

De fato, a Constituição brasileira organizou o Poder Judiciário sob uma lógica de composição formada por magistrados funcionalmente independentes³ e selecionados por critérios técnico-políticos.⁴ Até mais importante que isso, tributou à sociedade a garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional, relevante salvaguarda de direitos considerados ameaçados ou violados.⁵ Ou seja, concedeu refúgio adequado para reivindicação de prestações materiais, inclusive acerca do direito à saúde.

Ante o cenário de disfuncionalidade na execução da política pública de saúde, a experiência fenomênica indica que o Judiciário tem sido destinatário de milhares de requerimentos que objetivam algum tipo de tutela na seara da saúde. Por sua vez, o Estado-Juiz vem acenando positivamente aos anseios dos jurisdicionados, ancorado em seu papel de guarda do texto maior e motivado pelo propósito de efetivar direitos fundamentais nele prescritos.

Assim, este trabalho se interessa pela forma com que tudo isso tem se conformado no Brasil, à luz de um recorte mais particularizado: a política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos.

A finalidade principal é traçar uma linha divisiva entre as possibilidades legítimas de atuação judicial neste campo e os limites e parâmetros que devem ser observados, a partir de diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais.

Antes de mais nada, o primeiro capítulo ferirá ideias introdutórias relacionadas ao histórico do direito à saúde e ao organograma jurídico-positivo que o regula. No percurso serão abordados: a) o direito à saúde nas Constituições brasileiras,

³ O art. 95 enuncia que “os juízes serão dotados de garantias, a saber, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios”.

⁴ O art. 93, I, dispõe que o ingresso na carreira da judicatura se dará no cargo de juiz substituto “mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”. Já o acesso aos Tribunais se dá por mecanismos que conjugam desde requisitos técnicos como notório saber jurídico, reputação ilibada e participação das próprias Cortes no processo de indicação de seus membros, até características políticas, justificadas pela lógica dos pesos e contrapesos, como a participação do Executivo e do Parlamento, nas esferas federal e estadual, na escolha de membros de órgãos judiciais colegiados.

⁵ Art. 5º, XXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

especialmente na de 1988; b) as obrigações internacionais assumidas na área, com destaque para o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado na Assembleia-Geral das Nações Unidas; c) a legislação infraconstitucional atual regulamentadora do direito à saúde, enfatizando-se a Lei n. 8.080/1990, que instituiu e estruturou o Sistema Único de Saúde (SUS).

O segundo capítulo tratará de algumas noções propedêuticas relacionadas ao controle judicial da saúde, que servirão de antecedente lógico para a realização da parametrização que se pretende fazer. Nessa toada, a abordagem se voltará à evolução do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, inclusive em relação ao desenvolvimento da atuação judicial na garantia dos direitos sociais. Na oportunidade, é incontornável também tratar das novas feições do princípio da separação dos Poderes e do controle judicial de constitucionalidade/legalidade do direito à saúde.

A intervenção mais aguda do Judiciário se associa aos fenômenos da judicialização da saúde e do protagonismo judicial. Isso está no cerne da questão das limitações à participação judicial na área, que aqui serão defendidas. Por isso, é disso que o terceiro capítulo se ocupará.

Nessa parte, será investigado o pano de fundo da problemática: o modelo Neoconstitucionalista e Pós-Positivista do Direito, uma nova forma de olhar a Constituição e sua influência no ordenamento.

Ao fenômeno do clamor coletivo pela intervenção do Judiciário, mediante requerimentos instrumentalizados por ações judiciais, é dado o nome de Judicialização da Saúde. Ao comportamento expansivo da jurisdição na interpretação de valores constitucionais que chega a domínios classicamente considerados intransponíveis, tidos como espaços geralmente ocupados pelos demais Poderes, a comunidade jurídica tem denominado de Ativismo Judicial. Essas ideias serão bem exploradas em itens próprios, inclusive suas relações e diferenças, assim como a oposição traçada ao protagonismo judicial.

Finalmente, se, de uma banda, a atuação jurisdicional nas demandas em que são pleiteados medicamentos e tratamentos tem sido apontada como remédio contra a inefetividade do direito, de outra, representa um veneno quando aplicada de maneira excessiva ou desregulamentada. A realização de direitos fundamentais não deve ser

confundida com arbitrariedades perpetradas por posturas judiciais desarrazoadas que geram consequências nefastas ao orçamento e à sociedade brasileira em geral.

Dessa forma, o quarto e último capítulo se preocupará com os efetivos parâmetros na política pública de fornecimento de medicamentos, dentro de um raciocínio acadêmico e pretoriano. Salientará que o reconhecimento de direitos enseja justiciabilidade, a possibilidade de vindicá-los no Judiciário em caso de vulneração, mas a atuação judicial deve render homenagens à balizas determinadas.

Nesse caminho, um dos principais fatores de reclamação sobre o controle judicial da política pública em epígrafe é justamente o desalinhamento econômico que provoca. Por isso, serão tecidos comentários sobre a dicotomia que envolve a proteção do mínimo existencial à saúde e a reserva do possível (limitações orçamentárias) que a restringe. Em relação a este estado de tensão, algumas proposições serão engendradas, na tentativa de compor o conflito de interesses em jogo.

Serão apresentadas algumas fórmulas para driblar a falta de *expertise* judicial na matéria da saúde e será verificada a forma de responsabilidade, entre os entes federados, pelas prestações materiais judicialmente requeridas.

Outrossim, serão estudados alguns efeitos do aspecto procedimental do assunto. Assim, serão cotejadas as fronteiras existentes entre a litigância individual e a coletivização da judicialização. Na oportunidade, defenderemos a coletivização da tutela judicial da distribuição de medicamentos e tratamentos como forma prioritária, porém não exclusiva ou universal.

De todo modo, o exame da matéria trazida à baila é de extrema relevância no atual quadrante histórico, pois representa um dos maiores focos de preocupação para a sociedade brasileira e para a organização do Estado, em suas múltiplas dimensões. Ao trabalho, pois!

1 O HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA POSITIVAÇÃO

1.1 O desenvolvimento normativo da saúde no Brasil

O caminho da saúde pública no Brasil se inicia no século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa. Nada obstante, sua proteção se resumia ao combate à lepra e à peste, nomeadamente sobre os portos e ruas. Já entre 1870 e 1930, o Estado concedeu amparo mais contundente, com a criação de um modelo dito “campanhista”, fulcrado na autoridade da força policial.⁶

Desde a década de 1920, o corpo normativo brasileiro sempre tratou a questão da saúde pública de modo atrelado à previdência social, em um cenário adstrito à forma de prestação de benefícios e a prestações de serviços bastante específicas, com feição estritamente contratualista.

Nessa época, foram criadas as Caixas de Aposentadorias e Pensões– (CAPs). Simone Reissenger explica bem a natureza dessas instituições:

As Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAP’s, criadas na década de 20, eram entidades públicas autônomas ao Estado, instituídas como contrato compulsório, organizadas por empresas e geridas por representação direta de empregados e empregadores. Sua finalidade era puramente assistencial, com benefícios e prestação de serviços. Os recursos provinham de contribuição compulsória dos empregados, empregadores e da União. Desta forma, o Estado não participava diretamente do seu gerenciamento.⁷

A primeira delas foi instituída pelos ferroviários, por meio da Lei Eloy Chaves (Decreto-Lei n. 4.682, de 1923), e dispôs: a) assistência médica, inclusive aos familiares do segurado; b) medicamentos a preços especiais; c) aposentadoria; d) pensão.⁸ Inúmeros planos de seguro social desse jaez foram iniciados nos anos seguintes.

⁶ Além de narrar todo este percurso inicial do direito à saúde, Luís Roberto Barroso ainda esgrime: “Apesar dos abusos cometidos, o modelo ‘campanhista’ obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 12.

⁷ REISSINGER, Simone. **Aspectos controversos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 18.

⁸ Entretanto, de acordo com a Professora Sônia Teixeira, “nunca foi estipulado um percentual da receita destinado a cobrir os custos da assistência médica, ficando resguardado este benefício ‘na medida das possibilidades orçamentárias’. Esta fragilidade vai refletir nas variações impostas às despesas com assistência médica em cada conjuntura política e institucional, que aumentam ou diminuem em função de

O panorama já ilustrava bem o paradoxo da política social em matéria sanitária: a esmagadora maioria da população, urbana e rural, cingia-se a usufruir de medidas com caráter coletivo e preventivo, como campanhas sanitárias. Para ela, assistência médica especializada somente era disponibilizada pela filantropia. Em contraposição, as classes assalariadas urbanas tinham acesso à assistência médica individual, via CAPs, que a seu turno, compravam serviços médicos do setor privado por intermédio de credenciamento médico.⁹

Apenas nos anos 1930, o sistema público de saúde admitiu ações públicas curativas, máxime pela criação dos Institutos de Aposentadorias (IAPs), “que institucionalizaram o seguro social fragmentando as classes assalariadas urbanas por inserção nos setores da atividade econômica: marítimos, bancários e comerciários, industriários e outros”.¹⁰

Ainda assim, como relata Barroso, os serviços eram endereçados exclusivamente à categoria profissional ligada ao respectivo instituto, prejudicando a universalização da dimensão curativa da saúde:

Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAP's, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAP's possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.¹¹

Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde, como desmembramento do antigo Ministério da Saúde e da Educação.

Já em 1966, todo o sistema previdenciário foi unificado no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – Decreto-Lei n. 72/1966. A ele vinculados, foram gestados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

pressões políticas e não com base em uma política previdenciária relativa à saúde dos beneficiários”. TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Cidadania, direitos sociais e estado. In: **Conferência Nacional De Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p.106. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

⁹ COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. v. 7. São Paulo: Cortez, 1991, p. 15. (Coleção Pensamento social e saúde)

¹⁰ COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. v. 7. São Paulo: Cortez, 1991, p. 15-16. (Coleção Pensamento social e saúde)

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 14.

O formato também se mostrou defeituoso, porque apenas o trabalhador urbano com carteira assinada detinha a condição de contribuinte e beneficiário dos serviços providos pela rede pública de saúde brasileira.¹²

Nos idos de 1975, com o advento do Sistema Nacional de Saúde, houve, a partir de divisão estigmatizante de clientela, uma separação de funções entre o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Ministério da Saúde. Enquanto o primeiro permaneceu com a tradicional missão de cuidar da população formalmente inserida no mercado de trabalho, ao segundo coube gerir o sistema de saúde da parcela populacional de menor poder aquisitivo, alijada do setor formal da economia.

Em 1977, o velho INPS foi substituído pelo Instituto de Assistência Médica de Previdência Social (INAMPS) – Lei n. 6.439/1977, entidade que ficou responsável pela provisão da saúde dos trabalhadores submetidos à Previdência Social por meio de serviço médico privado vendido sob a roupagem de convênios ou de credenciamento a ela ligado.

A já mencionada professora Reissenger, depois de verificar a cisão da assistência médica daquele período entre direito contratual, compulsório e contributivo, de uma parte, e serviço público filantrópico para a faixa mais carente da sociedade, de outra, notou que:

Com a centralização de todo o aparato previdenciário no INPS/INAMPS houve uma expansão inédita do gasto em medicina previdenciária, possibilitando, naturalmente, um crescimento da rede de serviços privados, o que propiciou a expansão da capacidade hospitalar e ambulatorial pelo conjunto das empresas médicas, voltada basicamente para o mercado financiado pelo INPS/INAMPS. Dados trazidos por Eli Iôla Gurgel Andrade (2003) informam que, num período de sete anos (1969 a 1976), os gastos do INPS com assistência ambulatorial cresceram 400%, enquanto na área hospitalar a expansão foi de 184,7%. Tais resultados econômico-financeiros no período de

¹² “Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente, a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verbas do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregados e União).” BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 14.

1967-1979 foram implacáveis para a história do sistema público de previdência no Brasil e, conseqüentemente, para àrea da saúde pública.¹³

Em resumo, o período do regime militar acentuou diferenças entre os trabalhadores urbanos integrantes do mercado formal de trabalho – que, de uma forma ou de outra, eram dotados de atendimento individual curativo da rede pública de saúde – e o grande contingente da população brasileira marginalizada do mercado formal de trabalho – que acabou relegado ao plano da caridade pública. No ponto, Leonardo Moura Vilela, Marcela Parpinelli Moliterno e Alethele de Oliveira Santos lograram exprimir um retrato fidedigno daquele momento:¹⁴

Durante o regime militar, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e com a unificação dos antigos IAP, manteve-se o caráter restrito de atendimento curativo, na medida em que apenas o trabalhador urbano com carteira assinada era considerado contribuinte e beneficiário, juntamente com seus dependentes, tendo direito ao atendimento da rede pública de saúde. Assim, grande contingente da população brasileira, porque excluída do mercado formal de trabalho, continuava a depender da caridade pública.

Na verdade, apenas com o processo de redemocratização, alargou-se o debate nacional sobre o sentido de universalização do serviço público de saúde. Como resultado, a Constituição de 1988 consagrou o Sistema Único de Saúde (SUS), pelo qual todos os brasileiros, independentemente de classe social ou pertencimento ao mercado formal de trabalho, tornaram-se merecedores de igual direito à saúde.

Como se vê, o SUS é produto da mobilização da sociedade em torno de democratização quanto aos valores concernentes ao bem-estar social.

Apenas aqui o direito à saúde passa a ter inscrição no nível da fundamentalidade dos direitos, erigindo-se, por via de consequência, em dever do Estado.

1.2 O direito à saúde nas Constituições

¹³ REISSINGER, Simone. **Aspectos controversos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 20.

¹⁴ VILELA, Leonardo Moura; MOLITERNO, Marcella Parpinelli; SANTOS, Alethele de Oliveira. A judicialização da saúde: um fenômeno a ser compreendido. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 309.

As duas primeiras Constituições brasileiras, a de 1824 – outorgada pelo Império – e a de 1891 – primeira republicana, cujo principal artífice foi Ruy Barbosa – deitaram raízes nas inspirações absenteístas liberais. Por isso, não prescreveram nada sobre direito à saúde. Em 1934, após brutal reação contra o modelo oligárquico que vigia na intitulada “República Velha” e a tomada do poder por Getúlio Vargas, articulou-se o primeiro documento constitucional brasileiro com influência do Constitucionalismo Social.¹⁵

Nesse diapasão, a Lei Fundamental de 1934 foi a primeira a objetivar o direito à saúde. Logo de cara, atribuiu, concorrentemente, à União e aos Estados o dever de cuidar da saúde e da assistência públicas (art. 10, II). A assistência médica e sanitária veio como máxima a ser seguida na legislação do trabalho (art. 121, § 1º, “h”). Concedeu a todos os entes federados a missão, nos termos das respectivas leis, de adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a impedir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; bem como de cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais (art. 138, “f” e “g”).

A Constituição de 1937, de índole autoritária e formalmente deflagradora do denominado “Estado Novo” Vargasista, também nutria algum viés social. Assim, previu, como competência privativa da União, a legislação sobre o bem-estar e normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente a da criança (art. 16, V e XXVII). Nada obstante, garantiu aos Estados o direito de legislar, independentemente de autorização, sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais, com o fito de suprir deficiências da legislação local ou atender às peculiaridades locais (art. 18, “c”).

A Constituição de 1946 veio no enalço do processo internacional de redemocratização e valorização dos direitos humanos, após os horrores da 2ª Guerra Mundial e a derrota do nazifascismo. Inovou na introdução de um constitucionalismo democrático-social.

¹⁵ “Ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção das constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia ser mais tratada no Brasil como caso de polícia, como se dizia na República Velha, mas sim como caso de direito, aliás, de Direito Constitucional”. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

Preceituou ser de responsabilidade da União legislar acerca de defesa e proteção da saúde (art. 15, XV, “b”). Retomando o modelo de 1934, estabeleceu, como premissa da legislação do trabalho, a higiene do trabalho; a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante, bem como uma previdência – mediante contribuição da União, do empregador e do empregado –, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (art. 157, VIII, XIV e XVI).

Novamente sob a perspectiva de um governo autoritário, desta vez capitaneado pelo Golpe Militar de 1964, houve a outorga da Constituição de 1967.

Curiosamente, quanto ao direito à saúde, pouca coisa mudou em relação à sua antecessora. Prova disso, foi a manutenção dos direitos dos trabalhadores neste domínio (art. 158). Além do mais, estatuiu competir à União a produção de normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, “c”). Ao mesmo ente, incumbiu a formulação de planos nacionais de saúde (art. 8º, XIV).

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, é apresentada pela corrente majoritária de estudiosos como nova Constituição.¹⁶ Como digno de menção, seu art. 165 insculpiu o direito de previdência social aos trabalhadores no caso de doença. A Professora Sônia Maria Teixeira traçou um lúcido diagnóstico do que foi o direito à saúde até ali:¹⁷

Uma breve revisão destas Constituições pode mostrar-nos que a legislação sobre a questão da saúde foi de evolução lenta, de natureza vaga e de caráter discriminatório. Não se alcançou em nenhum momento imprimir na Carta Magna o direito à saúde como inerente à cidadania e o dever do Estado na garantia do seu gozo. Ao contrário, a assistência médica apenas foi garantida aos trabalhadores e dependentes vinculados ao sistema previdenciário, criando uma situação de pré-cidadania para todos os demais brasileiros quanto ao direito à saúde. Na medida em que não se alcança o desenvolvimento de direitos universais de cidadania, sendo os direitos previdenciários restritos à condição de cidadania regulada pela inserção do indivíduo no processo de trabalho, e que mesmo o direito à educação não é assumido realmente pelo Estado, a questão social vai sendo canalizada para as medidas e instituições de cunho assistencial.

¹⁶ “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas de Constituição do Brasil”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 89.

¹⁷ TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Cidadania, direitos sociais e estado. *In: Conferência Nacional De Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p.105. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

O final dos governos militares foi marcado por um amplo processo de debate e redemocratização política.

O apogeu dessa fase aconteceu com a elaboração de uma Constituição fruto de processo constituinte significativamente democrático, popular e divulgado.

Praticamente todos os setores da sociedade tiveram voz, desaguando em um documento analítico, eclético e plural.

A Constituição Brasileira de 1988 foi precursora na previsão de um rol de direitos sociais, em seu art. 6º, no título dos direitos fundamentais, a lastrear a atividade do Estado na consecução dos anseios e necessidades mais basilares do ser humano. Assim preceituou:

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

O enquadramento do direito à saúde no catálogo dos direitos sociais enalteceu sua condição no ordenamento jurídico.

Outrossim, a Constituição o incluiu como objeto de proteção da Seguridade Social, isto é, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.¹⁸ A propósito, Alexandre de Moraes ensina:¹⁹

A seguridade social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.

A saúde recebeu definição precisa e abrangente, em seu art. 196:

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

Como anteriormente mencionado, o sistema de saúde no Brasil padecia de grave desigualdade no período pretérito à Constituição vigente, uma vez que a assistência pública constituía privilégio somente dos trabalhadores incluídos no mercado de

¹⁸ Art. 194, *caput*.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

trabalho, contribuintes da Previdência Social. Os demais somente podiam recorrer a atendimentos particulares ou ofertados pela filantropia (Casa de Misericórdia, postos de saúde e hospitais universitários). A conformação do art. 196 rompeu com o ciclo, ao tornar o acesso à saúde universal e igualitário.

Além do mais, indubitavelmente, a mais importante das estratégias concebidas para o atingimento desse objetivo diz respeito à criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Sua estruturação veio prevista no art. 198, *caput* e incisos, como uma “rede regionalizada e hierarquizada”, além de “descentralizada, com direção única em cada esfera de governo”, movida pela “paritipação da comunidade”, devendo propiciar “atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. No art. 200, constam as atribuições mínimas do SUS.²⁰

A Constituição fixou, ainda, limites anuais mínimos para aplicação na área da saúde a todos os entes federados (art. 198, § 2º).²¹

Com efeito, autorizou, sob certas condições, a assistência pela iniciativa privada, inclusive com participação complementar no SUS (art. 199).

Para efeito de distribuição de competências, trouxe consigo algumas mudanças. Agora todos os componentes da federação possuem competência em matéria de saúde.

Compete privativamente à União legislar sobre seguridade social (art. 22, XXIII). Materialmente, é de responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II).

²⁰ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

²¹ I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

União, Estados e Distrito Federal ficaram com a legislação concorrente sobre defesa da saúde (art. 24, XII), e Estados, DF e Municípios com a suplementar (art. 24, §§ 2º e 30, II, respectivamente). No caso de assuntos locais, estes últimos ainda têm competência indicativa, no que couber (art. 30, I). Por conseguinte, os três níveis federativos podem formular e executar políticas de saúde.

1.3 O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi firmado na Assembleia-Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1966, em vigor desde janeiro de 1976 e internalizado em julho de 1992 pelo Decreto 591, de 06/07/1992, no governo do Presidente Collor. O tratado significou um marco na implementação dos direitos sociais.

Como ensina Flávia Piovesan, o principal objetivo do instrumento foi convolar os preceitos da Declaração Universal da ONU em obrigações vinculantes, aptas a implicar responsabilização internacional, em caso de seu descumprimento.²²

Tal como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o maior objetivo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Novamente, assumindo a roupagem de Tratado Internacional, mediante a sistemática de *international accountability*. Isto é, como outros tratados internacionais, esse Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que enuncia.

De qualquer forma, em julho de 2016, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já contava com a subscrição de 164 Estados-partes, o que revela sua importância e seu substancial reconhecimento pela comunidade jurídica internacional.

A despeito de se mirar na Declaração Universal da ONU, o catálogo de direitos sociais encontrado no Pacto é mais expansivo e elaborado.²³ Nessa esteira, prevê uma série de direitos, tais como moradia, educação e previdência social. O direito à saúde também foi expressamente homenageado na Convenção em tela.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

²³ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998, p. 42.

Em seu art. 12, preconiza “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Comentando o preceptivo, Paulo Henrique Gonçalves Portela assevera:²⁴

O direito à saúde inclui: a obrigação estatal de tomar medidas voltadas à diminuição da mortalidade infantil e à promoção do desenvolvimento saudável das crianças; à melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; à prevenção e o tratamento das doenças; e à garantia de assistência médica (art. 12).

A incorporação do Tratado ao ordenamento interno brasileiro (1992) encampou a linha garantista da Constituição de 1988, no sentido do comprometimento rigoroso com a melhoria de vida dos indivíduos, mormente na área da saúde, externando a normatividade desse valor fundamental e sua a consectária vinculatividade.

Nada obstante a flagrante relevância da previsão abstrata de respeito aos direitos sociais, em geral, e ao direito à saúde, em específico, a verdade é que a meta normativa não vem, em muitos lugares do globo, sendo cumprida no plano dos fatos. É o tradicional problema da efetivação dos direitos sociais. Lembrando disso, Piovesan examina as violações a esse tipo de direito em cotejo com os direitos civis e políticos, ou seja, com as liberdades clássicas.²⁵

Sob o ângulo pragmático, no entanto, a comunidade internacional continua a tolerar frequentes violações aos direitos sociais, econômicos e culturais que, se perpetradas em relação aos direitos civis e políticos, provocariam imediato repúdio internacional. Em outras palavras, “independentemente da retórica, as violações de direitos civis e políticos continuam a ser consideradas como mais sérias e mais patentemente intoleráveis, que a maciça e direta negação dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

É este exatamente o drama que acomete nosso país. Previsões normativas manifestas de reconhecimento de direitos só podem ter o condão de ensejar sua justiciabilidade, especialmente em uma conjuntura de inefetividade prática deles mesmos.²⁶ Por isso, o fenômeno da judicialização da saúde tem ganhado tanta força.

Na esfera internacional, desde as noções já visitadas, a questão também se põe. Assim, a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos

²⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 729.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

²⁶ O tema da justiciabilidade e da efetividade dos direitos sociais, especialmente o da saúde, será melhor enfrentado mais à frente no trabalho.

Econômicos, Sociais e Culturais, em 2008, incrementou a possibilidade de vindicação de direitos a órgão (Comitê) equidistante, por meio de petições individuais ou de grupos de indivíduos que noticiem inobservância de prescrições do Pacto.

Apesar de o Comitê não possuir natureza de Tribunal Internacional, tem feição judicialiforme, na medida em que dispõe da prerrogativa de requisitar ao Estado-Parte o desempenho de medidas de urgência para evitar danos irreparáveis às vítimas de violações, bem como da capacidade de melhor monitoramento do cumprimento do Pacto, aumentando a operacionalidade desses direitos.

Curiosa e paradoxalmente, uma maior dose de justiciabilidade de direitos pode levar, para o domínio internacional, algumas das vicissitudes que a judicialização de direitos já tem acarretado no plano interno.

1.4 Legislação infraconstitucional atual sobre direito à saúde

Em que pese a Constituição ter desenvolvido grande respeito ao direito à saúde, trabalhou com comandos de eficácia limitada, notadamente de matiz programático, como se apreende da clássica lição de José Afonso da Silva:²⁷

Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, reservando espaço para esclarecimentos e especificações ulteriores, podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado.

Portanto, para cumprir a plenitude de seus efeitos, a densificação dessas normas constitucionais demanda integração legislativa, a ser provida pelo legislador ordinário, além da consequente e imprescindível atuação concreta do Poder Executivo.

De fato, a legislação infraconstitucional regulamenta o direito à saúde em uma série de normas. Lembra Simone Reissinger que já há aqueles que defendam um microsistema jurídico²⁸ ou a disciplina de Direito da saúde ou Direito Sanitário.²⁹

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 138.

²⁸ No entanto, a autora, explicando a origem e a finalidade do termo, defende o contrário: “A expressão microsistema surgiu com o italiano Natalino Irti, no Direito privado, diante da fase de descodificação (século XX), a fim de designar aquelas leis que compreendem normas sobre certa matéria, mas também

A norma geral em termos de saúde, no entanto, é a Lei n. 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

A Lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, concebido como “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º).

Para além disso, fixa os princípios balizadores de sua atuação, valendo salientar o da universalidade, grande nota diferenciadora em relação ao modelo passado – por meio do qual o acesso aos serviços de saúde é garantido a todos (art. 7º, I) –; e o da descentralização político-administrativa (art. 7º, IX) – com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios³⁰ e na regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (subsidiariedade).

Como já dito, os Estados têm competência para suplementar a legislação do SUS, e os Municípios também podem complementar a legislação federal e estadual sobre saúde, bem como indicativamente legislar quando se tratar de assuntos de interesse local.

À margem disso, a Lei do SUS definiu o plexo de competências de cada ente na matéria. Por exemplo, incumbiu a direção nacional de uma série de responsabilidades (art. 16), sobressaindo a “de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (inciso XIII) e de “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os

normas de outras áreas, como direito administrativo, processual, penal e civil. Trata-se de uma lei quase autônoma, auto-suficiente do ponto de vista hermenêutico, tendo em vista que está baseada em valores e princípios interpretativos próprios. Os principais exemplos de microssistemas jurídicos no ordenamento brasileiro são o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Por este entendimento, percebe-se que não há ainda que se falar em um microssistema jurídico do direito à saúde, por falta de base jurídica para tal”. REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 24.

²⁹ Segundo Júlio Rocha, “o Direito Sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito”. ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1999, p. 50.

³⁰ “Aliás, a importância do Município para o direito à saúde foi bastante reforçada a partir de 1988, através do processo de municipalização desses serviços. Pela análise da Lei n. 8.090 (principalmente arts. 15 e 36) é possível verificar que o município constitui a instância federativa mais próxima do cidadão e base do SUS, possuindo a tarefa de execução, defesa e proteção da saúde”. REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 24.

Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (XV)

À direção estadual cometeu, em seu art. 17, as responsabilidades de descentralização dos serviços de saúde para os Municípios, de lhes repassar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Por fim, à direção municipal do SUS delegou o planejamento, a organização, o controle, a gestão e a execução dos serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).³¹

³¹ “Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei n. 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 17.

2. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

O movimento constitucionalista nasceu, no final do século XVIII, essencialmente do iluminismo, do anti-absolutismo, da necessidade de imposição de limites ao arbítrio estatal e, principalmente, do descortino da ideia de supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*).

Naquela altura, os excessos do poder, marcadamente representados pela coroa e pelas elites, produziram uma reação revolucionária de feição liberal orquestrada pela burguesia e pelas camadas mais pobres. O movimento pregava o afastamento do intervencionismo estatal nas relações econômicas e sociais.

Ademais essa tendência, que percorreu o século XIX, sustentava o absentéismo estatal em relação às liberdades dos indivíduos, aos seus direitos individuais inatos e inalienáveis, na dicção contratualista de John Locke.³²

Nesse cenário, a proteção da ordem jurídica se direciona à capacidade de resistência a qualquer interferência da estrutura de poder no espaço de direitos dos particulares. Os indivíduos foram elevados na sua dignidade pessoal como sujeitos de direitos capazes de externar sua autonomia volitiva.

Com efeito, notabilizavam-se as chamadas liberdades negativas, chanceladoras dos direitos civis e políticos e categorizadas, na ótica historicista popularizada pelo mestre Paulo Bonavides, como direitos de primeira geração,³³ que têm “por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da

³² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

³³ A doutrina mais moderna prefere o termo “dimensão” por revelar uma noção de complementariedade evolutiva e coexistência de uma fase de direitos e outra, quebrando um sentido de ruptura que pode ser aferido do termo “geração”. Também há certa crítica à própria classificação geracional dos direitos. No ponto, Cançado Trindade disserta: “A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada”. TRINDADE, Antônio Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1, p. 390. De qualquer forma, por seu didatismo e por sua ampla aceitação na comunidade acadêmica e nos tribunais, a classificação será adotada, embora se reconheça suas falhas ou insuficiências.

pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.³⁴

O paradigma³⁵ liberal claramente preferia a parte em detrimento do todo, diante de uma relação de submissão geral ao império da lei. Na área econômica, as virtudes da autorregulação dos mercados contra as supostas influências malignas estatais ditavam o tom. Ou seja, a crença de uma economia livre repousava no ideário da “Mão Invisível do Mercado”, na expressão de Adam Smith,³⁶ em que o preço da oferta era delineado de forma automática pelo próprio mercado.

O aspecto central desse novo mercado natural era a realização de seus participantes de acordo, exclusivamente, com seus interesses, em substituição a um mercado artificializado, inundado por limitações sobre a produção e baseado no primado da vontade irrefutável do soberano e em toda insegurança jurídica dele decorrente.³⁷

Nessa perspectiva, o estado de garantia de direitos se verificava apenas sob um aspecto formal, o que gerava ampla vantagem da fortalecida e abastada burguesia sobre as massas – francamente inviabilizadas de atuar ostensivamente na formação da vontade estatal – e, conseqüentemente, a impossibilidade material de obtenção de igualdade substancial.

Na prática, o jugo monárquico foi substituído pelo domínio de certa elite burguesa, que, a pretexto de defender noções evoluídas de mérito e de direitos individuais abstratamente consagrados pela lei, acabou por impingir, paradoxalmente, o regresso ou a continuidade do processo de coisificação humana. É que, embora tenha nascido com espírito democrático, o Estado Liberal acabou por acarretar uma era de profunda exploração humana.

A sociedade acabou novamente segmentada em repaginadas castas. Enquanto uma minoria gozava dos lucros e benesses decorrentes da evolução comercial e industrial, a maioria era alijada das condições mais básicas de vida. O núcleo essencial

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

³⁵ Thomas Kuhn define paradigmas como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p.13.

³⁶ SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

³⁷ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 74.

de dignidade humana passou, naquele marco temporal, abissalmente longe de ser preenchido.

A explosão de demandas sociais derivada do quadro descrito de desigualdade, a falta de direitos para considerável parcela da população e a exploração, especialmente nas relações de trabalho, fizeram emergir do seio do movimento operário, com inspiração marxista, reivindicações quanto ao papel do Estado na implementação do bem-estar da população. Se as revoluções liberais induziram o nascimento de um papel minimalista do Poder, em contraposição à ordem absolutista anterior, esta nova fase não se contentava com a mera postura absenteísta diante de liberdades naturais, pois reclamava um perfil governamental mais intervencionista na economia.

Na verdade, emergiu uma expectativa por um Estado mais provedor, mais ativo no que concerne ao fornecimento de necessidades tidas como vitais pelo tecido social, com vistas à obtenção de uma sociedade mais substancialmente igualitária, isto é, isonomia não apenas perante a lei, mas concreta. A lógica retoma a máxima aristotélica de que os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade.³⁸

A igualdade formal, tomada como abolição de privilégios de classe, transforma-se em igualdade material, mais preocupada com o processo de abrandamento da disparidade das condições sociais.

O fenômeno foi apelidado de Estado social (*Welfare State*) e trouxe consigo, no campo jurídico, o chamado Constitucionalismo Social.

O Constitucionalismo Social encontrou eco pela primeira vez em documentos do final da segunda década do século XX, sendo os mais expressivos deles a Constituição alemã de Weimar (1919) e a Carta mexicana (1917), que inauguraram um tipo diferente de direito fundamental, autorizativo da exigência, por parte dos indivíduos, de ações e prestações positivas, relacionadas ao seu bem-estar, frente ao poder estatal.

Na linha já mencionada de Bonavides, tal estirpe de direitos fundamentais foi categorizada como de segunda geração (ou dimensão), isto é, direitos identificados como sociais, culturais e econômicos. No ponto, o mestre cearense professa:³⁹

³⁸ ARISTÓLETES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Série Os Pensadores)

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Reynaldo Soares da Fonseca também sintetizou as linhas mestras dessa quadra histórica:⁴⁰

(...) o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Dessa forma, no confronto entre os dois modelos, o Estado de Direito burguês tinha como valores fundamentais vida, liberdade e propriedade, ao passo que o Estado social tinha em seu centro de gravidade a igualdade, o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação do trabalho.

A ameaça estatal sobre os valores burgueses foi trocada pela preocupação com as estruturas injustas da sociedade. O Estado passou de inimigo a defensor da nova ordem de ideias, como garante da proteção contra as desigualdades.

Mais uma vez invocando os escólios de Bonavides:⁴¹

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade.

Menelick Carvalho Neto apreendeu bem a mudança da relação poder x indivíduo entre o liberalismo burguês e esta nova etapa:⁴²

O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em

⁴⁰ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Placido, 2019, p. 87.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 380.

⁴² CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 2, abr/jun 2002, p. 79-80.

ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.

Todavia, o Estado Social, em muitos lugares, descambou para uma hipertrofia do aparato burocrático e para o totalitarismo. As funções do Estado cresceram exponencialmente na tentativa de suprir as infinitas demandas sociais e o compromisso feito pelo aparato estatal.

O avanço do intervencionismo estatal resultou em uma clara atrofia da esfera de liberdade dos indivíduos, com excessiva redução do espaço de autonomia privada. O público passou a ser identificado como o estatal, e não como um ambiente consensual de diálogo entre sociedade e poder.

O espaço de liberdade e o respeito aos direitos individuais foram trocados por uma noção impositiva de igualdade e segurança, ditada necessariamente de cima para baixo. A ideia de não intervencionismo foi deslocada ao outro extremo, no qual tudo era provido pelo poder estatal e nada poderia fugir dele.

Nesse contexto, como o Estado imperiosamente deveria estar em toda parte, suprimindo todo tipo de pretensão social, sua estrutura econômica foi aos poucos perdendo energia e se endividando a níveis galopantes. Os custos de manutenção do enorme corpo burocrático e de todos os processos da vida em sociedade geraram, a um só tempo, imobilização financeira e falta de eficiência nos serviços prestados.

O Estado Social não logrou cumprir sua meta programada, porque subestimou a força da liberdade individual, isto é, não buscou ser uma complementação do liberalismo, mas uma verdadeira contraposição, em diversos momentos.

Sobre a derrocada do Estado Social, Fernando Herren Aguillar escreveu:⁴³

Nos países centrais, a partir da década de 80 passou-se a referir ao Estado Providência como instituição em crise. A provisão estatal de seguro-desemprego, de assistência social sem custo, incluindo setores como saúde e educação, previdência social, etc., deu origem, ao longo dos anos, a enorme déficit orçamentário, cujas conseqüências nefastas começaram a se fazer sentir apenas algum tempo após a sua instituição. Ainda que se reconheça que tais medidas cumpriram seu papel conjunturalmente, o sistema é generalizadamente tido por inepto, ineficiente, deformador moral e inibidor do desenvolvimento da economia privada. O fenômeno da crise do Estado de Bem-Estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica sociológica, econômica e jurídica dos países centrais nos últimos anos. Fomentou o ressurgimento vigoroso do neo-liberalismo, das teorias autopóéticas,

⁴³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

do discurso privatista, do individualismo metodológico, coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta.

Dos anos 1970 e 1980 em diante, a relação entre público e privado voltou a ser contestada.

O vínculo cada vez mais forte criado entre as nações pela globalização não evitou a formação de uma cisão entre blocos de países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O processo também ensejou uma nova dimensão de direitos, fulcrada em uma profunda dimensão de universalidade e de resgate do humanismo. É a chamada terceira geração de direitos fundamentais, que em uma concepção mais alargada se destina a todo gênero humano.⁴⁴

Estaríamos tratando de direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, do consumidor, de comunicação, etc. A grande fonte dessa novidadeira modalidade de direitos fundamentais é exatamente, como relata Karel Vasak,⁴⁵ a fraternidade.

Realmente, consoante examinou Reynaldo Soares da Fonseca:

(...) com o advento da Revolução Francesa, no Século XVIII, a fraternidade é revisitada e recolocada como elemento conectivo entre a liberdade e a igualdade, distinguindo-se destes por sua peculiar fundação relacional em favor de um projeto moderno de sociedade.⁴⁶

Carlos Ayres Britto, entre outros, chega a falar na nova etapa do constitucionalismo fraternal como elemento de reenergização da liberdade e da igualdade:

(...) Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes, à etapa fraternal de sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade. (...) De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente equilibrado, da Democracia e até certos aspectos de urbanismo como direitos fundamentais.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569.

⁴⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 349.

⁴⁶ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019, p. 104.

Para ilustrar esta nova fase, um novo paradigma de sociedade e de direito. Surge o Estado Democrático de Direito.

Se certos radicalismos impregnados nos paradigmas liberal e social, em estado puro, provocaram-lhes o declínio, é certo também que ambos deixaram indelével marca na humanidade. Certos traços desses dois arquétipos acabaram se provando irreversíveis, mesmo sob a égide do moderno Estado Democrático de Direito, que os aproveitou e ressignificou.

O isolacionismo resultante da parêmia liberdade e igualdade é substituído por uma forte carga de complementariedade entre os dois, ainda mais tonificada pela veia da fraternidade.

Nem o privado se sobrepõe ao público, como no Estado Liberal, nem o público ao privado, como no Estado Social. A integração entre esses dois sustentáculos é que ilustra a era como forma de superação das vicissitudes do passado.

Mais uma vez citando o professor mineiro Menelick de Carvalho Netto, o paradigma do Estado Democrático demanda substancial procedimentalização do direito e das instituições, que deságue no fortalecimento democrático e da cidadania:⁴⁷

Liberdade e Igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma contitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto.

Alguns autores, como Cretela Júnior, chegam a rejeitar a originalidade do Estado Democrático de Direito, tratando-o como um conceito tautológico, uma vez que o princípio da legalidade estaria no cerne da democracia.⁴⁸

Os autores de tradição alemã o denominam de Estado Constitucional, “visto que as aquisições históricas deixaram claro que não é a submissão ao Direito que justificaria

⁴⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

⁴⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 135.

limitação quer do próprio Estado quer dos Governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição”.⁴⁹

Tércio Sampaio de Ferraz o considera como a junção do Estado Liberal e do Estado Social, pois, para ele, pelo menos na história constitucional brasileira, o advento do segundo não implicou a exclusão do primeiro, mas exatamente sua transformação em Estado Democrático de Direito.⁵⁰

Não é essa concepção que efetivamente se adota neste esforço acadêmico.

Embora o Estado Democrático de Direito se escore em diversas propriedades de seus antecessores, realmente se consubstancia em novo paradigma reformatado. Extrai o melhor do passado para tentar se aperfeiçoar no presente e no futuro, partindo de bases dialógicas.

Nessa linha, Ricardo Quartim de Moraes acentua:⁵¹

A peculiaridade do Estado Democrático de Direito é sua vocação a superar a atual contradição do Estado contemporâneo – que ou preserva a todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo. Nesses termos é que vai a assertiva de que o Estado Democrático de Direito submete-se ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos como também diante das desigualdades sociais existentes. Uma tarefa tal implica realizar transformações sociais, alterar o *status quo*.

O próprio texto da Constituição de 1988 reflete-o como um inovador paradigma, até mesmo como forma de traduzir a ruptura com o estado autoritário de coisas anterior.⁵²

A nova ordem incorpora não só a parte liberal do Estado de Direito como fator limitador do poder e impulsionador de direitos fundamentais, como também a de Estado

⁴⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 298.

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. *In*: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio et al. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 54.

⁵¹ MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204, out./dez. 2014, p. 279.

⁵² Logo em seu primeiro artigo, a Carta Magna de 88 dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união idissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Democrático, que valoriza a soberania popular, a isonomia material e o governo da maioria.

Mas não é só. José Afonso da Silva ressalta:⁵³

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

Lênio Streck também exalta o Estado Democrático de Direito como um verdadeiro *plus* em relação ao Estado Social.⁵⁴

Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Entretanto, isso não foi ainda suficientemente assimilado pelos juristas. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito.

E completa, salientando o compromisso do paradigma em testilha com a concretização dos direitos fundamentais, bem como sua natureza de evolução em relação aos anteriores:⁵⁵

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. (...) Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 121.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53

Canotilho considera que o principal fator de originalidade do Estado Democrático de Direito é que o lastro da atuação estatal se dá pela “inserção da lei fundamental do Estado Democrático nas estratégias de justiça política”.⁵⁶

Assim, com alicerce na compreensão procedimentalista de Habermas, sustenta-se que o Direito e a Democracia são feições simultâneas de Estado e devem ser vistos sob uma perspectiva agregadora, embora às vezes tensionada, mas nunca incompatível ou oposta.

2.2 A evolução da atuação judicial na garantia dos direitos sociais até o paradigma do Estado Democrático de Direito

Como se viu, o paradigma do Estado Liberal de Direito se voltou prioritariamente ao controle do poder e ao respeito aos direitos inatos do indivíduo.

O ideário revolucionário burguês associava tudo aquilo que vinha do poder com o velho período monárquico que acabara de ser derrubado.

É claro que o Direito, nessa perspectiva, confundia-se com a própria ideia de legalidade formal, a qual, por sua vez, pautava-se na legislação engendrada pelos representantes da sociedade, sempre com vistas a garantir a existência de um Estado Mínimo.

Para ser mais preciso, o Estado se limitava a policiar a higidez das fronteiras demarcatórias do respeito às liberdades negativas individuais.

A ordem jurídica liberal clássica tomava com intensa desconfiança o papel dos juízes, ainda vistos como extensão da realeza e representativos de indesejáveis privilégios.⁵⁷

À época, o ordenamento jurídico era dotado de regras gerais e abstratas, eminentemente negativas e consagradoras dos direitos de primeira geração. Nesse contexto, a atuação judicial somente pôde assumir contornos muito restritos dentro de um mecanismo automático de subsunção dos fatos ao texto legal. Ao juiz, então, era

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 459.

⁵⁷ André Ramos Tavares exprime, forte nos estudos de Blackstone, que “Na França do século XII, eram os prebostes, o baile e o seneschal, os funcionários responsáveis por aplicar Justiça, e aqueles (prebostes) administravam seu distrito cumprindo as ordenações reais e fazendo justiça em nome do rei, ao passo que os dois últimos eram recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa real, sendo considerados servidores da Coroa. Assim subordinado, não haveria de se desenvolver adequadamente uma estrutura de ‘Justiça’”. TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

somente cometida a tarefa de “boca da lei” (“bouche de loi”), que apenas reproduziria, sem alterações ou adições, a produção do Poder Legislativo.

Esse procedimento mecanicista foi bem explicado por Menelick Netto:⁵⁸

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de loi*.

Ocorre que o advento do Estado Social trouxe uma nova expectativa de atuação estatal. Se o Estado passou a ser providência, e a exigência era de intervencionismo em prol de igualdade material, as relações sociais também tornaram-se mais complexas.

A necessidade do implemento de prestações positivas reestruturou, generalizadamente, todo o papel dos atores políticos. O Poder Judiciário não passou ao largo disso, tendo que desenvolver uma postura hermenêutica mais sofisticada que a meramente literal. Assim, a lógica da boca da lei foi substituída por uma forma interpretativa mais autêntica e desvinculada do legislador, especialmente diante de métodos clássicos,⁵⁹ como o sistemático⁶⁰ e o teleológico.⁶¹

Com efeito, a frieza literal da exegese liberal se mostrou gritantemente inábil a resolver adequadamente os desafios que o paradigma social abraçou. Nessa diretriz,

⁵⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 34.

⁵⁹ “Os métodos clássicos de interpretação remontam ao magistério de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, e que, em seu Sistema, de 1840, distinguiu, em terminologia moderna, os métodos gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, que foi a interpretação teleológica”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

⁶⁰ Este método compreende o ordenamento jurídico como um todo integrado e uno. Sobre o tema, Vicente Ráo professa: “Melhor se apura o pensamento contido em uma sentença, quando se enquadra na ordem sistemática do conjunto de disposições de que faz parte, ou quando se a confronta com disposições outras, mas ligadas, todas entre si, por identidade ou afinidade de princípios” RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anot. e atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2005, p. 517.

⁶¹ Este método busca verificar a finalidade que ensejou o legislador a editar a norma e o espírito que objetivamente a inspira. No ponto, Anna Cândida da Cunha Ferraz transcreve passagem frequentemente averbada pelo Ministro Espíndola, quando integrou o Supremo Tribunal Federal: “O uso do método teleológico – busca do fim – pode ensejar transformação no sentido e conteúdo que parece emergem da fórmula do texto, e também pode acertar inevitável consequência de, convencendo que tal fórmula traiu, realmente, a finalidade da lei, impor uma modificação do texto, que terá de admitir com o máximo de de circunspeção e de moderação, para dar estrita satisfação à imperiosa necessidade de atender ao fim social próprio da lei”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 43.

avisa Eros Grau que “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza -, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios”.⁶²

O trabalho do juiz passou a ser mais elaborado, por conta das novas dinâmicas e finalidades sociais esperadas do Estado.

Noutro giro, essa quadra passou a contemplar um tipo de ideologia positivista, especialmente pela influência da teoria de Kelsen, que se encarregou de imunizar a ciência do Direito das irritações promovidas por outras áreas e valores, tornando-se estanque. Formava-se uma teoria decisionista, que se calcava exclusivamente em uma abordagem de validade como fórmula exegética discricionária entre algumas leituras possíveis pré-estabelecidas, mas que, mesmo se desatendidas, poderiam ser alvo de sanção e, portanto, de imperatividade.⁶³ Em alguma medida, a doutrina contribuiu, inclusive, para dar um certo amparo jurídico a regimes totalitários, tais como o nazifascista e o soviético.

A crise do Estado Social redundou em uma sociedade ainda mais complexa, e o Estado Democrático de Direito produziu uma dose maior de rigor com a atividade judicante, demandando a observância de critérios mais abalizados de segurança jurídica e aceitabilidade moral.⁶⁴

Por isso, floresceu um formato de interpretação judicial mais sofisticado em relação à leitura dos textos jurídicos e à própria análise do suporte fático subjacente ao caso concreto, visando à melhor aplicação do Direito. Revisitando os escólios de Menelick Carvalho:⁶⁵

No paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 391-392.

⁶⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 564.

⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 38.

A verdade é que o ordenamento jurídico não poderia mais ser visto como um conjunto hierarquizado de normas capaz de regular as condições de todos os casos e aplicado apenas em uma lógica de tudo ou nada.

Indubitavelmente, a busca por aceitabilidade moral das decisões judiciais acarretou um inevitável processo de normatização dos princípios jurídicos. Melhor dizendo, eles passaram a repousar no centro de gravidade do universo jurídico, como fator norteador da hermenêutica.

Entretanto, a abertura semântica e de sentido dos princípios induz um entrechoque com valores igualmente importantes. Vários direitos fundamentais restaram consagrados pela estrutura principiológica, gerando colisões mais dificilmente solucionáveis.⁶⁶

Outra fundamental transformação adveio principalmente da doutrina alemã.

Com Hesse, Muller e outros autores, podemos perceber uma inovação fundamental para a exegese jurídico-constitucional no Estado Democrático de Direito, qual seja, a diferença entre texto e norma. Assim, texto seria o programa descritivo positivado pelo legislador e norma o produto da extração do sentido do texto aplicado ao contexto em que a norma se insere. Explicando a teoria de Muller, os constitucionalistas Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco professam:⁶⁷

Enfatiza-se que a norma não se confunde com seu texto (programa normativo), mas tem a sua estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide (o domínio normativo), sendo esse elemento indispensável para a extração do significado da norma. O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica.

Na dicção de Hesse, a interpretação constitucional assume o sentido de concretização que deve incorporar o senso de realidade da ordenação de que trata. Ademais, alimenta um significado criativo, em que o conteúdo da norma só se completa com sua interpretação, ainda que vinculada à mesma norma.⁶⁸

⁶⁶ O processo de aproximação do Direito com a moral, a normatização dos princípios, a diferença entre regras e princípios e os mecanismos de aplicação de regras e princípios serão bem melhor detalhados no próximo capítulo.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 93.

⁶⁸ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. *In*: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108-109.

Para o mestre alemão, a concretização depende do conteúdo da norma a concretizar, da “pré-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser solvido. Nessa esteira, explica:⁶⁹

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica, mas apenas desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que lhe enseja contemplar a norma sob certas perspectivas, fazer uma ideia do conjunto e esboçar um primeiro projeto ainda carente de comprovação, correção e revisão, por meio de uma análise mais profunda, até que, como resultado da progressiva aproximação da “coisa” nos projetos sucessivamente revistos, a unidade de sentido se fixe claramente.

Por outro lado, a efetividade dos direitos constitucionais anda de mãos dadas com a ideia de imperatividade das normas previstas na Constituição. Essa premissa depende da superação da noção de que a Constituição é uma mera carta de intenções ou uma rele “folha de papel”, na acepção de Lassale, ou seja, “de nada servirão as definições jurídicas que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação ou por esta e seu rei, proclamando-as Constituições, seja qual for seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência”.⁷⁰

O próprio Hesse oferece uma linha teórica capaz de iluminar a reivindicação por efetividade das normas constitucionais. Ao lado da função política, diz ele, a Constituição é realmente dotada de força normativa e, portanto, tem carga jurídica e coercitiva. Assim, explica a construção dessa força normativa constitucional da seguinte forma:⁷¹

(...) a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição Jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade

⁶⁹ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

⁷⁰ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Campinas: Minelli, 2005, p. 11.

⁷¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.132.

de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).

Força normativa da Constituição, por óbvio, indica plenitude de incidência dos direitos fundamentais. Nada obstante, enquanto tradicionalmente os direitos negativos de primeira geração não costumam ter maiores problemas quanto à sua aplicabilidade, os direitos prestacionais, que atravessaram o Estado Social até chegarem ao Estado Democrático, demonstram problemas para serem implementados. A doutrina atribui esses entraves a uma série de razões. Nesse particular, vale mencionar que a natureza geralmente programática das normas que os estatuem é apontada como uma das causas.

O art. 196 da CF/88, que consagra o direito à saúde, é considerado como habitual exemplo dessa categoria de normas.

As normas programáticas definem tarefas que o Estado deve seguir com vistas à consecução dos fins constitucionalmente colimados.⁷²

Geralmente possuem uma estruturação mais vaga e baixa efetividade, denotando mais planos e metas a serem observados pelo legislador e pelo administrador público do que exatamente obrigações jurídicas específicas. Aqui, o legislador acaba tendo amplo espaço de conformação no seu dever de concretização das normas constitucionais.⁷³

Outra característica tradicionalmente impeditiva da realização dos direitos sociais é sua dependência financeira do orçamento do Estado. As necessidades sociais são infinitas, mas os recursos disponíveis para provê-las não. Assim, a barreira financeira pode ser mesmo um obstáculo à efetivação das prestações positivas.⁷⁴ apontando para uma realização quase naturalmente gradativa ou gradual.

Relacionando todas essas dificuldades, Ingo Sarlet ensina:⁷⁵

Tais características dos direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligadas à sua relevância econômica e dependência da disponibilidade de recursos, razão pela qual já se faz

⁷² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135-136.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra, 1993, v. IV, p. 105.

⁷⁴ No último capítulo, haverá um tópico especificamente voltado à discussão da justiciabilidade dos direitos sociais e sua relação com a escassez econômica (reserva do possível).

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 289.

referência, no item precedente, a que, no âmbito da aplicação dos recursos públicos, se advoga a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos públicos legitimados para tanto, não se olvidando a íntima relação destes aspectos com a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto.

Ocorre que essa visão reducionista esbarra na própria concepção de força normativa da Constituição. Nesse sentido, Andréas Krell articula:⁷⁶

As normas programáticas sobre direitos sociais, que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos, definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização.

E conclui:

Elas não representam meras recomendações (conselhos) ou preceitos morais com eficácia ética-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.

Este trabalho defende ser essa a visão pretendida pela Constituição brasileira de 1988, porque melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito, que se lastreia na irrestrita observância dos direitos fundamentais, mormente os sociais.

O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.⁷⁷

Malgrado o dispositivo em comento tenha sido apostado no capítulo referente aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, não há razão, no contexto contemporâneo de constitucionalismo que aqui já foi apresentado, para não estender sua incidência à grei de direitos sociais.

O caráter vinculante do texto constitucional compele a atribuição de um mínimo de eficácia para cada uma de suas cláusulas. A esse respeito, argumenta Antonio Perez Luño que “los derechos han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.⁷⁸

No que tange aos direitos sociais, inclusive no caso da saúde, este mínimo de eficácia pode ser extraído de uma interpretação mais expansiva dos comandos

⁷⁶ KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 20.

⁷⁷ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁸ PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 21.

constitucionais que os reconhecem. Isto é, o que o Estado Democrático de Direito impõe aos Poderes constituídos.

Nessa realidade, o intérprete constitucional deve estar sempre atento ao princípio da máxima efetividade, esteio complementar da força normativa da Constituição. Nessa trilha, extremamente esclarecedoras são as palavras dos professores Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho:⁷⁹

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Assim, se a plena aplicabilidade das normas programáticas de direitos de segunda geração apresenta limitações “fáticas e jurídicas” que dependem da suplementar atuação do legislador e do gestor, não restam dúvidas, por outro lado, que tais normas possuem pelo menos um mínimo de aplicabilidade imediata, a ser assegurada inclusive pelo Judiciário, se preciso.

A assertiva é corroborada pelos destaques de Ingo Sarlet:⁸⁰

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora (...).

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271

Definitivamente, deve-se registrar: dar concretude aos direitos sociais é autorizar alguma participação do Judiciário no processo, caso haja situação particular de vulneração dessas prerrogativas.⁸¹

Isso porque, se os Poderes precipuamente responsáveis pela implementação desses direitos incorrerem em omissão ou ação insuficiente ou equivocada, apenas o Estado-Juiz pode dar voz às insatisfações sociais e garantir a materialização dos direitos fundamentais.

Deriva daí que, no Estado Democrático de Direito, a promoção dos direitos fundamentais, inclusive sociais, pela participação do magistrado constitucional é uma realidade que se impõe ante a aplicabilidade imediata que conservam.

A participação do magistrado do Estado Democrático de Direito na concretização dos direitos fundamentais é um dever institucional.⁸²

É claro que essa ordem de ideias pressupõe uma reconfiguração dos limites da separação dos Poderes e uma nova dinâmica do controle de constitucionalidade/legalidade judicial de atos normativos e condutas do poder público.

Por isso, é mister traçar uma análise mais verticalizada sobre o assunto.

2.3 A separação de Poderes e o controle judicial de constitucionalidade/legalidade dos direitos sociais

Na antiguidade, Aristóteles é considerado o primeiro a imaginar uma divisão mais organizada de poderes essenciais do Estado. Em sua obra “A Política”, admitia existirem três órgãos capazes de separadamente tomar as decisões de poder, quais sejam, o Deliberativo (responsável por deliberar sobre os negócios do Estado), o

⁸¹ “Como definir e dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, mas sim evoluem e são preenchidos por significados, que se modificam com os movimentos sociais e com a educação do povo para a compreensão e defesa de tais direitos, que não pertencem a um indivíduo, isoladamente, mas a um grupo, classe ou coletividade? Como dar eficácia a tais direitos, fugindo da definição de normas meramente programáticas? A ordem social Constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a Administração na implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando ao cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado”. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 36-37.

⁸² ROCHA, Paulo Sérgio. A função do juiz no estado democrático de direito: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais. **Revista da AJUFE**, São Paulo: Letras Jurídicas, ano 28, n. 25, 2015, p. 33

Executivo (dotado de todas as funções necessárias às ações do Estado) e o Judiciário (competente para dirimir conflitos pela jurisdição).⁸³

Posteriormente, em 1690, o contratualista John Locke, no seu “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, deu continuidade ao conceito de compartilhamento de funções, ao defender que estas poderiam ser exercidas também por três Poderes, isto é, o Legislativo, o Executivo e o Federativo.

Nessa concepção, ao Legislativo caberia a produção da leis, com supremacia em relação aos demais, ao Executivo a aplicação da leis e, ao Federativo, o trato das relações internacionais do governo.⁸⁴

Apesar disso, com Montesquieu e seu “Espírito das Leis”, publicado em 1748, já sob a égide do pensamento liberal, é que a Teoria da Separação dos Poderes foi agregada ao constitucionalismo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece:

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no segundo tratado do Governo Civil, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa na obra de Montesquieu, O Espírito das Leis, que o transformou numa das célebres doutrinas políticas de todos os tempos.⁸⁵

Foi também com o teórico francês que a doutrina dos Poderes do Estado se uniformizou em Executivo, Legislativo e Judiciário.⁸⁶

Inspirados nesse pensamento e em um forte sentimento de confinamento do poder, os revolucionários franceses, no primeiro jurídico documento que produziram – a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão –, em seu art. 16, estatuíram que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.⁸⁷

Montesquieu, tal como Locke, igualmente deposita no Parlamento a maior dose de confiança como órgão elaborador das normas abstratas em nome do povo.

⁸³ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 73-74.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

O Executivo deveria concentrar a administração do Estado e a execução das questões relativas à esfera pública.

Por outro lado, a teoria de Montesquieu designava ao Judiciário fração diminuta de poder, consistente na aplicação das leis em conflito. Como antecipado antes, tal braço do poder constituía mera “boca da lei”, a fim de que fossem preservadas a supremacia da lei e a isonomia. Nesse sentido, Flávia Viveiros de Castro pondera:⁸⁸

No que diz respeito à autonomia do Poder Judicial a posição de Montesquieu é enfática: os juízes deviam ser apenas a boca que pronunciava as palavras da lei. Conhecidos os fatos e a regra de direito, o juiz apenas procederia a uma operação lógica e automática de aplicação das leis aos fatos. A sentença proferida sobre o caso concreto seria a mera reprodução do já decidido genérico-abstratamente pela norma (...)

Desse ponto de vista, parece tranquila a noção de que as grandes diretrizes políticas estariam condicionadas à organização do Legislativo e do Executivo.⁸⁹

A despeito do conhecimento de um sistema de controle interdependente, posteriormente conhecido por Freios e Contrapesos (*check and balances*), a doutrina de Montesquieu ainda considerava as três funções estatais descritas de maneira demasiadamente estática e, por certo, incompleta e incipiente. O ideário em testilha realmente servia à corrente liberal daquele quadrante histórico, mas, com o passar do tempo, foi se tornando um tanto quanto obsoleto.

Qualquer tentativa do Poder Judiciário de intervir no terreno das políticas públicas era vista como inadequada e extrajurídica, pois proporcionaria indevida intromissão em espaços de poder que não lhe eram próprios.

Na percepção de Bobbio, a evolução do Estado Liberal para o Social recuperou a visão do Estado “como forma complexa de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos”.⁹⁰

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, apenas pode ser confundido com realização de direitos fundamentais.

⁸⁸ CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 138.

⁸⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 133, jan./mar 1997, Brasília, p. 96.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.57.

Daí que a lógica da relação entre os Poderes só poderia ter mudado com o passar do tempo, até chegar à Separação que conhecemos hodiernamente. De um lado, exige independência, mas, de outro, harmonia. Por isso, a Constituição de 1988, em seu art. 2º, estabelece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Não há dúvidas, nessa perspectiva, de que os Poderes devem interferir, à luz de balizas delimitadas, na atuação uns dos outros quando houver desvios e abusos, em uma compreensão refinada do modelo de *checks and balances*, criador de um complexo sistema de corresponsabilidades, tendente ao equilíbrio e ao controle recíprocos.⁹¹

Embora o protagonismo judicial seja o tema específico do próximo capítulo, é preciso estabelecer, desde já, que uma maior participação do Judiciário no novo paradigma de realização de direitos é imprescindível.⁹²

Na verdade, as funções exercidas pelos três Poderes apresentam cada vez mais semelhanças e entrelaçamentos, quando não raramente sobreposições. Mais que as funções típicas de cada um desses três braços, o que vigora no momento contemporâneo é o irrestrito respeito à Constituição. Como guarda deste documento jurídico, o Judiciário somente pode determinar seu cumprimento aos outros Poderes. É um imperativo constitucional, não uma recomendação.

Andreas Krell, ao postular uma revisitação da separação dos Poderes, argumenta que, “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade”.⁹³

E finaliza:⁹⁴

⁹¹ CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 142.

⁹² “Apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um Executivo forte e um Judiciário forte. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano. Parte-se do sistema rígido para o sistema de controles recíprocos, sistema no qual o crescimento do Poder Judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio de forças”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 54-55.

⁹³ KRELL, Andreás. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 90.

⁹⁴ KRELL, Andreás. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 88.

Ademais torna-se cada vez mais evidente que o obsoleto Princípio da Separação de Poderes (Montesquieu, séc. XVIII) atribui um efeito paralisante às reivindicações de cunho social, cabendo-lhe uma nova leitura a fim de que sejam garantidos os Direitos Fundamentais em contraposição à arbitrariedade da omissão estatal.

Outrossim, Sergio Cruz Arenhart bem explana que a nova conformação da atividade judicial não representa qualquer usurpação de funções:⁹⁵

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

Pelas razões descritas no item anterior, a atuação judicial torna-se ainda mais questionada quanto ao cumprimento da efetividade dos direitos sociais. No que tange à consecução dos direitos sociais, assume mais importância a intervenção judicial na hipótese de prolongada inércia dos outros Poderes. Segundo Thiago Lima Breus:⁹⁶

(...) a intervenção do Judiciário não deve ser tida como uma “invasão” na atividade legislativa ou administrativa do Estado. A intervenção do Judiciário se mostra compatível com a democracia, desde que sejam observados os mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, por meio dos espaços públicos que permitam o exercício da democracia participativa.

⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁹⁶ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 209.

O controle judicial de omissões desarrazoadas do poder público se converte, ao contrário da concepção original liberal do princípio, em algo que está inteiramente a serviço da separação dos Poderes, como instrumento capaz de tutelar a Constituição.⁹⁷

Por conseguinte, apontar hoje a separação de Poderes como freio bloqueador do controle judicial das políticas públicas é qualquer coisa de contraditório, por refletir premissa incompatível com a efetividade dos direitos fundamentais. É que a repartição de funções não pode representar o cerceamento dos Poderes públicos da realização de suas competências necessárias ao preenchimento das correspondentes tarefas constitucionais.

Na esteira dessa compreensão, esta dissertação sustenta que “a comunicação entre a instância judicial e a sociedade”, na dimensão do fornecimento público de medicamentos e tratamentos, passa evidentemente pela demarcação de parâmetros específicos, sobretudo para que o respeito à democracia participativa não descaambe para um intervencionismo míope que, antes de privilegiar o incremento do direito à saúde, o desnature por completo.

Desde que devidamente balizado, como tentaremos demonstrar, o comando judicial que vincula o agente público à satisfação do bem da vida protegido pelo direito social à saúde não induz à arbitrária escolha dos caminhos escolhidos para tal, mas representa imposição residual e integradora, dando completude ao ordenamento constitucional.

Nessa linha, o Estado-Juiz não deve se sobrepor ao legislador e ao administrador em matéria de direito à saúde. Muito pelo contrário, são esses dois últimos atores que ordinariamente efetivam esse benefício constitucional e somente devem ter sua atuação cedida à intervenção judicial no caso de desvios ou arbitrariedades detrimen-tosas aos fins constitucionalmente colimados.⁹⁸

⁹⁷ “Contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entendese competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever”. ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 118.

⁹⁸ “No Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, a um governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base de apoio parlamentar. E somente em casos de

Diante dos novos desafios requeridos do Judiciário, o controle judicial de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos e administrativos que versem sobre a provisão de direitos prestacionais é conseqüentemente forçoso.

Classicamente, apresenta-se uma objeção expressa contra a possibilidade de apreciação judicial de “questões políticas”.⁹⁹ Nesse sentido, a professora Maria Zanella Di Pietro explica:¹⁰⁰

Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu artigo 94. Essa norma ligava-se à concepção do ato político como sendo aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionando à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais.

Aqui, entretanto, calha lembrar que a Constituição de 1988 rechaça essa visão quando estatui o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em seu art. 5º, preconizando que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse relevante compromisso constitucional dá supedâneo ao enfrentamento judicial de questões que tradicionalmente são mais afetas aos Poderes representativos. Nessa linha, Fabio Konder Comparato atesta:¹⁰¹

A passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo liberal contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes Estatais. Classicamente, ela se funda da supremacia incontestável da lei, sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo Constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses, cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O Constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado legislativo. Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem

desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada em atos de governo”. PALU, Osvaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004, p. 82.

⁹⁹ Sobre a matéria, menciona-se a obra de Cristina Queiroz: QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de Direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 745.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 43-44.

alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções, e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, falta de uma conseqüente reorganização Constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.

O Estado Democrático de Direito não convive com a impossibilidade de insurgência contra atos e omissões que não se coadunem com a Constituição por violarem direitos fundamentais de qualquer natureza. Destarte, no campo da judiciabilidade dos direitos sociais, que dependem de política governamental, a fiscalização de constitucionalidade/legalidade somente pode se dar em bases mais amplas. Deve ter por objeto não só as finalidades expressas e implícitas que animam a atuação estatal, como os meios empregados para atingir esses fins.

De mais a mais, é possível pensar em uma violação à Constituição, em razão de como ela é em si estruturada. Exemplificando esse raciocínio, é possível imaginar uma política governamental estadual ou municipal desvinculada do Sistema Único de Saúde.¹⁰²

Frise-se, ainda, que o texto constitucional ampliou a apreciação judicial de políticas, ao referendar mecanismos para a sindicabilidade de direitos afrontados, tais como a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública.

Com efeito, a teleologia do direito social ou da política pública serve como base orientadora da juridicidade dos atos públicos, que os densifica e concretiza, podendo-se imaginar prejuízos genéricos e indeterminados à Constituição, máxime sob um aspecto mais principiológico, o que, sem dúvidas, é uma mudança no sistema fechado de controle de constitucionalidade de outrora. Nessa toada, o Desembargador João Batista Moreira assenta:¹⁰³

No mínimo, a política exerce papel de uma moldura dentro da qual deve o ato ser interpretado. Muitas vezes o ato em si mesmo, isoladamente considerado (apropriação de uma rubrica orçamentária, não padece de qualquer mácula, mas poderá ser contestado dentro de seu conjunto, ou seja, como etapa direta ou indireta de um objetivo inconstitucional, cujo controle (da política pública em que se insere o ato) perante a Constituição está a exigir reformulação do sistema

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p.46.

¹⁰³ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 270.

clássico de controle de constitucionalidade (necessidade que pode ser suprida com maior abertura para o controle em face dos princípios). A política pública representa evolução da ideia de lei em sentido formal (modelo normativista, dedutivista e reducionista), permitindo mudar a concepção (de Jorge Miranda) e que não se pode imaginar uma violação genérica e indeterminada à Constituição.

É por isso que a vetusta lição que dá alcance extraordinário à discricionariedade¹⁰⁴ do administrador na consecução do fim público deve ser abandonada em nome de uma postura que busque a providência ideal para o atingimento da finalidade da lei. Com isso, concorda o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁰⁵

Estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso sua finalidade, resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as de direito privado. Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse coletivo.

Desse modo, a anulação judicial de leis e atos ofensivos a direitos fundamentais constitucionalmente albergados favorece a democracia, e não a deprecia. Por linha de extensão, esta é a maior fonte de legitimidade da atuação jurisdicional para o controle de políticas estatal de implementação dos direitos.¹⁰⁶

A título de arremate, é de se concluir com Emílio Borges e Silva, “que a noção de Estado Democrático e Social de Direito estatuída pela Constituição Federal de 1988

¹⁰⁴ “Sabe-se que a ideia corrente da discricionariedade, entretanto, enfatiza a noção de poder. Enfatiza, de conseguinte, a presunção de que o agente público, quando a lei lhe outorga aquilo que se denomina discricionariedade, dispõe de um poder para fazer escolhas livres, na suposição de que dentre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto. É esta ideia que normalmente se tem de discricionariedade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 15-16.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 47.

¹⁰⁶ “No Estado Constitucional, diferentemente do modelo anterior, a título de controlar a execução de uma política pública, é dado ao judiciário não apenas anular os atos administrativos praticados, como alterar o seu conteúdo, por meio de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir dos direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa, portanto, de ter um cunho exclusivamente invalidatório para assumir uma função substitutiva, pelo que se fala em atividade administrativa do Poder Judiciário”. BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 204.

é incompatível com uma visão de separação de poderes que inviabilize o amplo controle de constitucionalidade visando à efetivação dos direitos fundamentais”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ SILVA, Emílio Borges e. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 3, p. 66, set./dez. 2012.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PROTAGONISMO JUDICIAL

3.1 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo jurídico

A Europa, após a Segunda Guerra Mundial, e o Brasil, posteriormente ao processo de redemocratização que culminou na edição da Constituição de 1988, passaram por um enorme redesenho institucional, transformador do próprio Direito Constitucional.

Esta nova fase vem sendo chamada de constitucionalismo do pós-guerra, novo direito constitucional ou, pela terminologia mais disseminada entre os operadores do direito, neoconstitucionalismo.¹⁰⁸

Malgrado seja difícil pormenorizar o momento exato em que surgiu a expressão “neoconstitucionalismo”, Margarida Camargo e Rodrigo Tavares imputam sua autoria à Susanna Pozzolo, no Congresso Mundial de Filosofia e Sociologia do Direito de 1997, em Buenos Aires. Curiosamente, a autora é uma jurista italiana positivista e crítica do próprio neoconstitucionalismo e suas consequências antipositivistas. No entanto, ponderam que a precisão original do termo cessou no decorrer do tempo ante a imensa popularidade que adquiriu, gerando um discurso turbulento.¹⁰⁹

Daniel Sarmiento,¹¹⁰ por sua vez, relembra que a palavra “neoconstitucionalismo” não faz parte do debate na Alemanha e nos Estados Unidos. Foi formulada na Espanha e na Itália, tendo ganhado notoriedade no Brasil principalmente com a coletânea intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003.¹¹¹

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 92.

¹⁰⁹ CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As várias faces do neoconstitucionalismo. *In*: QUARESMA, Regina *et al.* **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 356-357.

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹¹ No ponto, lembra-se que o autor organizou a chamada “trilogia neoconstitucionalista”, que traduziu uma base conceitual desse novo modelo teórico, sendo as obras: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel. **Teoria del Neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007; e CARBONELL, Miguel. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

Uma das características mais emblemáticas dessa nova matriz de pensamento é justamente a heterogeneidade de suas perspectivas, de seus métodos de aplicação e até mesmo dos juristas que costumeiramente são reputados como a ela vinculados, embora muitos deles nem sequer tenham assim oficialmente se considerado. No tópico, mais uma vez vale invocar as lições de Daniel Sarmento:¹¹²

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

A dificuldade natural de encontrar elementos que congregem as principais feições do neoconstitucionalismo não impediu algumas tentativas de sua sistematização. Sem a pretensão de esgotá-las, vale a pena colacionar algumas delas.

Luís Roberto Barroso, um dos precursores e mais ardorosos entusiastas da ideia neoconstitucionalista em solo pátrio, utiliza-se de alguns marcos para identificá-la.¹¹³

Põe como marco histórico a formação do Estado Constitucional de Direito, que se consolidou ao longo das décadas finais do século XX.¹¹⁴

¹¹² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 96, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁴ Assim explica: “o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (..) A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização

Para ele, o marco filosófico é o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética, com a superação/evolução das correntes jusnaturalistas e positivistas.¹¹⁵

Ademais, o marco teórico funciona como o conjunto de mudanças em que se inserem a força normativa da Constituição,¹¹⁶ a expansão da jurisdição constitucional¹¹⁷ e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹¹⁸

política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁵ “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo (...)A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito. sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁶ “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. (...) Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas. e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁷ “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da

Daniel Sarmiento extrai valores consensuais na caracterização dos neoconstitucionalistas brasileiros, a saber: a) valorização dos princípios; b) adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; c) abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; d) reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.¹¹⁹

Este último item interessa especialmente neste capítulo. No Neoconstitucionalismo há um manifesto protagonismo da figura do juiz. A corrente aposta no Judiciário como garantidor das promessas e valores constitucionais. Assim, o funcionamento do Estado-Juiz como copartícipe da realização do direito é uma das chaves da judicialização da vida e induz posturas mais ativistas, conforme será descrito mais à frente.

Ana Paula Barcellos verifica o uso da expressão “neoconstitucionalismo” como forma de designação do estado do constitucionalismo contemporâneo. Elenca seus principais atributos em dois grupos principais: um que une elementos metodológicos formais e outro que agrupa elementos materiais.¹²⁰

supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁸ “Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 103, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 43-49.

A jurista expõe que, no primeiro deles, o constitucionalismo atual se pauta em três diretrizes básicas:

i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Caberia ao neoconstitucionalismo dar validade a esses valores, tornando-os “técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica”.

No segundo, nota-se a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão de conflitos nos sistemas constitucionais, específicos e gerais, quanto às opções normativas e filosóficas.

Na visão de André Rufino do Vale, os elementos mínimos de sumarização do que se compreende por neoconstitucionalismo são: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e a política dos Poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.¹²¹

Por fim, vale aludir a conceituação de Luis Pietro Sanchís,¹²² para quem o neoconstitucionalismo seria uma teoria do Direito movida pelas seguintes orientações: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar dos espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes com tendências contraditórias, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno das sucessivas opções legislativas.

¹²¹ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 67-68.

¹²² SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 131-132.

Como toda novidade, a teoria do neoconstitucionalismo não passa imune a críticas.

A propósito, Dimitri Dimoulis, em diálogo com as facetas do marco teórico apresentadas por Luís Roberto Barroso, acima abordadas, apresenta suas objeções.¹²³

Para o jurista, as ideias de que as Constituições eram vistas como mero documento político até o término da Segunda Guerra Mundial não encontram amparo. Nessa linha, relembra que as Constituições escrito-instrumentais que se proliferaram desde o final do Século XIX pela Europa e América Latina, seguindo os exemplos americano e francês, sempre foram consideradas superiores à legislação ordinária.¹²⁴

Após mencionar a doutrina de Siyès, Guizot e Biscaretti di Rufía, sustenta:¹²⁵

Dependendo do país e do período histórico encontramos conteúdos constitucionais e reivindicações políticas diversas e conflitantes. Mas não conhecemos Constituição que desminta a regra da superioridade jurídica e do caráter material, valorativo e claramente político de seu conteúdo.

Também rechaça a ausência de um papel menos ativo do Judiciário, recordando que o controle judicial de constitucionalidade americano nasceu em 1803, com a decisão de *Madson x Marbury* pela Suprema Corte, e que o fenômeno se espalhou pela Europa, em países como Grécia, Noruega e Suíça, no decorrer do século XIX. Ademais, aponta que o controle de constitucionalidade no Brasil, na modalidade difusa e incidental, já existe desde a proclamação da República.¹²⁶

O jurista também se contrapõe ao pensamento de que o surgimento de tribunais constitucionais na Europa induz necessariamente a um aumento de tutela dos direitos fundamentais e rememora que os EUA já haviam desenvolvido anteriormente um método de controle de constitucionalidade difuso, porém com eficácia *erga omnes*, em virtude dos precedentes vinculantes.¹²⁷

¹²³ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 3. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹²⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 5. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 5-6. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 9-10. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

Por outro lado, desmente o caráter inovador da chamada “nova interpretação constitucional”, basicamente ancorada em princípios, cláusulas gerais e na técnica de ponderação de valores e interesses, e que geraria a criação do direito pelo intérprete no caso de colisão de princípios.¹²⁸

Assim, conclui pela insuficiência conceitual do neoconstitucionalismo e até mesmo pela falta de um sentido próprio e original, especialmente porque frequentemente confundido com a própria constitucionalização do direito ou com moralismo jurídico.¹²⁹

Jorge Galvão, por sua vez, mira sua contestação no argumento de que o Neoconstitucionalismo, ao insistentemente questionar a constitucionalidade das normas e ao defender uma interpretação constitucional totalizante e transformadora, entra em estado de tensão com o Estado de Direito.¹³⁰

Outro movimento que já foi tratado de passagem, mas merece maior aprofundamento, é o chamado pós-positivismo jurídico.

Considerado como o marco jusfilosófico do Neoconstitucionalismo, representa a nomenclatura provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos de uma nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.¹³¹

Os horrores da 2ª Guerra Mundial, advindos do apogeu da ideologia nazifascista, foram escudados, por incrível que pareça, por um legalismo cego que propunha

¹²⁸ “Na história do direito ocidental, muitas são as referências teóricas e as práticas de interpretação flexível, casuística, criativa e até mesmo livre do direito. Basta pensar em termos tais como direito pretoriano, equidade, espírito da lei, analogia, direito livre para entender que a importância dada aos sindicabilidade significado princípios jurídicos e ao papel–poder criativo do aplicador não constitui novidade”. DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 11-12. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹²⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008, p. 13-17. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

¹³⁰ Em relação ao frequente questionamento das normas, o autor consigna que esta característica faz com que elas percam sua capacidade de orientação dos agentes. No que toca à interpretação, assinala que o Neoconstitucionalismo traz consigo a perda do elemento da sistematicidade do Estado do Direito, na medida em que, baseado na ideia de emancipação social do Direito, passa a enxergar as normas constitucionais não como limites à atuação jurisdicional, mas como um convite à interpretação inovadora que possa redefinir os próprios contornos dos compromissos constitucionais. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

praticamente a identidade entre Direito e texto legal e uma rígida separação entre a juridicidade e a ética. Tudo isso se configurou como a decadência do positivismo jurídico.

Noutro giro, os operadores do direito, dado o grau de cientificidade que a linguagem jurídica já havia atingido, refutavam o simples retorno ao jusnaturalismo, com suas referências vagas, abstratas e metafísicas.

Esse foi o pano de fundo do surgimento do pós-positivismo jurídico.¹³²

A reaproximação entre Direito e ética/valores fez emergir a normatividade dos princípios, síntese dos postulados básicos abraçados pela sociedade.

Dessa forma, as normas jurídicas passam a ser gênero do qual regras e princípios são espécies. Ambas as categorias têm estruturação, vinculatividade e imperatividade dos mandamentos jurídicos.

Desde o positivismo legalista, o formalismo jurídico e as regras já desempenhavam papel de destaque na ciência do direito.

As regras constituem proposições normativas de baixa abstração e são aplicáveis sob a lógica do tudo ou nada, mediante subsunção. Assim, verificado o suporte fático que as anima, devem incidir direta e automaticamente, produzindo os seus efeitos, salvo se verificada sua invalidade, a presença de outra(as) mais específica(s) ou se não estiverem mais em vigor.¹³³

Os princípios, ao revés, são mandamentos de otimização que pretendem ser realizados da forma mais ampla possível, na máxima medida de suas limitações fáticas e jurídicas, sem comprometimento de sua validade.¹³⁴

Portanto, na hipótese de colisão entre princípios, deve ser utilizada a técnica da ponderação de valores, calcada no princípio da proporcionalidade, para que prevaleça, no caso concreto, o princípio que mais atende ao ideário constitucional naquelas

¹³² “O tema da justiça das leis escritas é um tema permanente e tormentoso, tanto da filosofia, como da ciência do Direito, sobre o qual os autores neopositivistas e os escritores pós-positivistas fazem sofisticadas ponderações mitigadoras, buscando reduzir a aspereza de seus enunciados ou temperando-os com reflexões acrescentadoras da eficácia dos valores”. MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Garantismo judicial e positivismo jurídico**: elementos para uma teoria da jurisdição includente e efetiva. Fortaleza: Imprece, 2017, 2017, p. 83-84.

¹³³ Embora esta concepção venha sofrendo ataques, continua a ser a mais veiculada na comunidade jurídica. No ponto, a sistematização deve sua gênese a Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

circunstâncias específicas, sem que o outro interesse sacrificado perca sua validade, mas, ao contrário, tenha seu núcleo fundamental preservado.¹³⁵

Essa perspectiva igualmente trouxe uma hermenêutica constitucional capaz de lidar com esses novos dilemas. Esta é outra nota característica marcante do pós-positivismo.¹³⁶

De mais a mais, a aspiração pós-positivista colocou no centro do ordenamento jurídico o respeito aos direitos fundamentais, notadamente a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Com tudo isso, Luís Roberto Barroso conclui:¹³⁷

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

Pode-se perceber que, apesar de suas inegáveis similitudes e convergências, neoconstitucionalismo e pós-positivismo jurídico não devem cientificamente ser postos como expressões sinônimas.

Marcelo Novelino captou bem essa perspectiva:¹³⁸

O pós-positivismo pretende ser uma teoria geral do direito aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, cujo aspecto distintivo consiste na defesa de uma conexão necessária entre o direito e a moral. O neoconstitucionalismo, por seu turno, propõe-se a ser uma teoria desenvolvida para um modelo específico de organização jurídico-política (constitucionalismo contemporâneo) característico de determinados tipos de Estado (Estado constitucional democrático), no qual, a incorporação de um extensivo rol de valores morais pelo direito, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, inviabiliza

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 104-105.

¹³⁶ No tópico, Barroso acentua: “Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um novo catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

¹³⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009, p. 213-214.

qualquer tentativa de separação entre ps valores éticos e o conteúdo jurídico.

De qualquer sorte, os movimentos em tela sedimentam campo fértil para a chegada de fenômenos como a judicialização da saúde e o ativismo judicial, que serão tratados nos próximos itens deste capítulo.

3.2 A judicialização da saúde

A ascensão do Poder Judiciário no pós-segunda guerra e pós-redemocratização brasileira acarretou o sintoma claro de transferir temas tradicionalmente relacionados ao plexo de interesses e responsabilidades dos demais Poderes para sua alçada.

A esse efeito tem se dado o nome de Judicialização da Vida ou da Política e das Relações Sociais.

Trabalho pioneiro sobre a matéria foi organizado por Tate e Vallinder, que partiram da premissa de uma expansão global do poder judicial como “a infusão de um processo decisório judicial e de procedimento típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”.¹³⁹

Para os autores, a judicialização da política pode significar tanto a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores – que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios ou do serviço Civil das Cortes, ao menos – como a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.¹⁴⁰

Luís Roberto Barroso assim define a Judicialização:¹⁴¹

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos de Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministros e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (...).

¹³⁹ TATE, C., Vallinder, T. **The global expansion of judicial power**. New York University Press, New York, 1997, p. 13.

¹⁴⁰ TATE, C., Vallinder, T. **The global expansion of judicial power**. New York University Press, New York, 1997, p. 13.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

O próprio jurista, em outra obra, sinaliza que a conceituação desenvolvida mais ou menos nos termos do que acima transcrito se consubstancia como uma dimensão qualitativa do fenômeno, em complementação ao viés quantitativo. Esta perspectiva, que tem uma feição bastante brasileira, traduz uma explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número cada vez mais expressivo de ações judiciais em tramitação.¹⁴²

Felipe Albertini Viaro, analisando a terminação mais ampla da judicialização, a que chama de “judicialização por transferência”, a identifica como “a maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões políticas, que até então estavam e, na opinião de muitos, deveriam permanecer a cargo de representantes eleitos ou indicados do Poder Executivo ou Legislativo”.¹⁴³

Não faltam tentativas para explicar o crescimento da judicialização, as quais vão desde o reconhecimento da importância de um Judiciário independente como elemento essencial para as democracias modernas – que operou uma vertiginosa importância do Judiciário pelo mundo – até uma crise da democracia representativa e da funcionalidade dos parlamentos, bem como uma preferência de certos atores políticos pelo Judiciário como instância decisória de questões polêmicas sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade.¹⁴⁴

No Brasil, mais uma vez segundo Luís Roberto Barroso, a judicialização da política é agravada pelo modelo de Constituição analítica e pelo sistema complexo de controle de constitucionalidade, que enseja um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente e não uma opção política do Judiciário.¹⁴⁵ Nessa toada, o constitucionalista fluminense assenta que: (i) “Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser departamento técnico- especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive com outros poderes”; (ii) a constitucionalização abrangente “trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22.

¹⁴³ VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. *In*: DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (Coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 237.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45-46.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47.

o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; e (iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ao combinar e efetivar amplamente os modelos americano e europeu, resultou na simples constatação de que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.¹⁴⁶

Explanando essa ordem de ideias, Bernardo Abreu de Medeiros esgrime:¹⁴⁷

A Constituição de 1988 é extremamente abrangente, e colocou como seu guardião final o Poder Judiciário, que pode ser acionado tanto pelo modo difuso, no qual a qualquer juiz ou tribunal é permitido se manifestar sobre a constitucionalidade de um caso concreto; como por meio de ações específicas perante o Supremo Tribunal Federal. Tal desenho institucional faz com que o Judiciário acabe tendo a última palavra em muitos casos referentes a direitos fundamentais e políticas públicas.

O direito à saúde é mais um desses elementos que gradativamente começaram a chegar às trincheiras do Judiciário. Por isso, a expressão “Judicialização da Saúde” se popularizou na comunidade jurídica como a nomenclatura indicativa dessa marcha. No tópico, Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes acentuam, com precisão:¹⁴⁸

Ainda no campo “político”, não se poderia ignorar a atuação do Poder Judiciário, o qual com frequência crescente, profere decisões com os mais diversos conteúdos a respeito de políticas oficiais de saúde. Tais decisões, amiúde ligadas a demandas individuais por prestações ou bens essenciais à saúde perante o sistema público ou entidades de saúde suplementar, configuram, provavelmente, o tipo de ação estatal mais polêmico entre acadêmicos e especialistas governamentais. Trata-se da chamada Judicialização das políticas públicas de saúde.

Nessa seara específica, alguns fatores incrementam sua potencialização. O acesso à justiça se desenvolveu bastante com a Constituição de 1988. Basta lembrar, uma vez mais, que toda lesão ou ameaça à lesão a direito pode ser carreada aos domínios do Estado-Juiz (art. 5º, XXXV), que, a seu turno, não pode se furtar do efetivo julgamento da direito controvertido.

Paralelamente, retomando o que dito no capítulo anterior, a Lei Maior vigente não só inseriu o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º), de

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-333.

¹⁴⁷ MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia?: a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013. p. 298.

¹⁴⁸ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), mas também ampliou como nunca o seu sentido (art. 196) e forjou um sistema universal de sua provisão (art. 198), o SUS.

Nesse sendero, Machado apresenta quatro conclusões essenciais dos dispositivos constitucionais: a) adoção de um conceito de direito à saúde ampliado, nos termos preconizados pela OMS; b) previsão de criação do Sistema Único de Saúde, consagrando a total reformulação do sistema de saúde então vigente; c) atribuição ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da responsabilidade pela regulação, fiscalização, controle e execução, esta última juntamente com a iniciativa privada, da saúde em termos amplos; d) participação da comunidade e da iniciativa privada na manutenção, no desenvolvimento e na execução do sistema de saúde.¹⁴⁹

De outro lado, em certos momentos, os mandamentos constitucionais nessa área não foram devidamente densificados pelo legislador e, principalmente, as ações promovidas pelo Executivo tendentes a implementá-los quase sempre se demonstram insuficientes, quando não inexistentes, e ineficazes, o que, por certo, demonstra clara violação ao próprio conteúdo da Carta Magna.

As demandas da população, assim, nomeadamente a de baixo poder aquisitivo, que não consegue se valer do sistema médico privado, muitas vezes não são atendidas, por diversas razões, em especial de índole política e orçamentária. A realidade prática se afasta, nessa conjuntura, dos fins constitucionais colimados.

Ante esse quadro de disfuncionalidade, o Judiciário vem funcionando, muitas vezes, como o último refúgio do cidadão, em seu intento de obter o reconhecimento de pretensões voltadas para o direito à saúde e, conseqüentemente, ao mínimo existencial, o que não é proporcionado, na visão dele, pelos demais braços de poder. Recorrentemente, juízes e tribunais acatam os pedidos formulados nos processos judiciais, sob a invocação do postulado da concretização de direitos fundamentais e a pretexto de tornar obrigatória a letra constitucional, o que é mais um motivo de incentivo à judicialização.

Dai deduz-se que a combinação do amplo acesso à justiça com a constitucionalização tonificada do direito à saúde, que propõe a universalização do

¹⁴⁹ MACHADO, MV. **Direito à saúde no Brasil**: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado. 2010. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito da PUC-Rio (Minter Puc-Rio/Doctum-JF), Juiz de Fora, 2010, p. 41-42.

serviço, e uma postura mais expansiva judicial, é o chamariz perfeito para o deslocamento das vindicações da sociedade das instâncias políticas tradicionais para o Judiciário.

Nessas situações, são salientadas as deficiências executivas estatais, com alegações do seguinte tipo: falta de atualização das listas de medicamentos dispensados gratuitamente; demora no processo de registro de medicamento no órgão de fiscalização nacional; indefinição dos destinatários do serviço público de saúde e da interpretação atribuída pelo administrador ao princípio da integralidade ditado pela Constituição Federal; dificuldade de interpretação do cipoal de normas que regulamenta o sistema; dificuldade de identificação do ente federado responsável pela prestação da integral assistência médica, etc.¹⁵⁰

A despeito de já existirem relatos sobre experiências de juridicização da saúde¹⁵¹ (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos não processuais),¹⁵² a realidade tem demonstrado ainda um processo excessivo de judicialização da saúde em solo pátrio.

Diante desse contexto, o Judiciário pode responder de duas formas: de maneira expansiva, adentrando terreno tradicionalmente tratado como de responsabilidade dos outros Poderes, ou autocontida, tendo deferência com escolhas políticas já articuladas e espaços de competência previamente delimitados, ou pelo menos obedecendo alguns parâmetros estabelecidos na própria ordem jurídica positivada, constitucional ou não, ou por instâncias superiores do mesmo órgão.

A depender da resposta dada, o fenômeno da judicialização em si pode ser afetado, especialmente em nível quantitativo.

¹⁵⁰ GANDINI, José Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 260.

¹⁵¹ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito?: pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 296.

¹⁵² O autor exemplifica com a proliferação de Termos de Ajustamento de Conduta assinados com o Ministério Público como estratégia substitutiva à judicialização das demandas de saúde. Assim, “o gestor que assina o TAC demonstra, simbolixamente, que não pretende se utilizar da lentidão do Judiciário para não implementar uma política de saúde. Assina o TAC, deste modo, mediante prazo fixado e responsabilização certa, com consequências institucionais e jurídicas definidas”. ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito?: pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 219.

As posturas judiciais em relação às reivindicações que lhe chegam serão o assunto do próximo item.

3.3 O ativismo judicial

Costuma-se atribuir ao historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger a paternidade da expressão “ativismo judicial”, em 1947, por meio de artigo publicado em revista de grande circulação sobre a Suprema Corte americana, no período do *New Deal*.¹⁵³

Na oportunidade, classificou os juízes da Suprema Corte como ativistas, com ênfase nos direitos de liberdade; campeões da autorrestrrição, e juízes representantes do equilíbrio de forças, colocando o ativismo exatamente como o oposto da autorrestrrição judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicial.¹⁵⁴

A verdade é que o rótulo repercutiu mesmo no intervalo entre 1954 e 1969, quando a Suprema Corte, presidida por Earl Warren, promoveu uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem precisar de qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.¹⁵⁵

A partir daí, uma reação conservadora nos EUA acabou por conceder uma conotação pejorativa à expressão “ativismo judicial” na nação.

¹⁵³ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, n. 1, p. 73, 1947.

¹⁵⁴ Barroso explica que a divisão foi proposta por Schlesinger da seguinte forma: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”. BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁵⁵ Barroso exemplifica com alguns casos representativos: “considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não –incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965)”. BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48.

No entanto, como ressalta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo judicial não necessariamente tem uma marca progressista, pois, às vezes, pode assumir uma feição conservadora.¹⁵⁶

Em análise retrospectiva, mesmo antes da utilização da nomenclatura, verifica-se que a Suprema Corte americana já havia operado com ativismo judicial do tipo conservador, especialmente nos anos 1930.

Naquela feita, o Presidente Roosevelt tentou emplacar uma série de transformações, que consistiam em uma forte intervenção econômica e social para superar a grave crise econômica provocada pela Grande Depressão de 1929. O pacote foi chamado de *New Deal*.

A Suprema Corte, movida pelo ideário ativista de matiz conservador, anulou várias leis do *New Deal*, o que a tornou extremamente antipopular e contrária aos direcionamentos do Executivo e do Legislativo de então.

A época foi cunhada de Era Lochner. Isso porque a Corte se fundava basicamente no conhecido precedente do caso Lochner, de 1905, por meio do qual declarou inconstitucional lei estadual que assegurava jornada máxima de trabalho em favor de padeiros. Assim, entendeu que o legislador não poderia interferir nas relações contratuais de trabalho por violação à cláusula do devido processo legal.¹⁵⁷

Apenas mais adiante, em 1937, a Corte passou a ser mais deferente com as medidas de reforma social do *New Deal*, após o risco de ser empacotada¹⁵⁸ e da instalação de uma verdadeira crise constitucional.

¹⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60/61.

¹⁵⁷ 198 U.S. 45 (1905).

¹⁵⁸ “Fortalecido pela reeleição para seu segundo mandato (eleições de 1936), o presidente investiu contra a estrutura conservadora da Suprema Corte, formulando o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*: ele propôs ao Congresso, em 5 de fevereiro de 1937, lei aumentando a composição da corte para 15 juízes e estabelecendo a nomeação de um juiz adicional, até o máximo de seis, para cada outro que superasse a idade de 70 anos. Como era, na época, a mais velha corte da história (a *Old Court*), Roosevelt poderia então nomear o limite de seis juízes de uma só vez e, assim, abarrotar a Suprema Corte com homens que apoiassem o *New Deal* e colocar ponto final no ativismo judicial conservador até então vigente. O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois a proposta de “empacotar” a corte, mesmo sendo a favor do *New Deal*, não teve apoio da população, do Congresso nem do seu próprio partido”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Getúlio Vargas, Franklin Roosevelt e independência judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-06/carlos-alexandre-campos-vargas-roosevelt-independencia-judicial?pagina=2>. Acesso em: 15 ago. 2019.

De qualquer forma, desde o princípio, a expressão “ativismo judicial” sempre esteve impregnada de muita imprecisão e de baixa carga de densidade.¹⁵⁹

De fato, em inúmeros momentos, o termo é empregado atecnicamente, com o pretenso objetivo de assinalar concordâncias ou discordâncias com alguma decisão judicial, qualquer que seja ela.

Entretanto, em geral, ativismo é usado em contextos “destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”, conforme lembrado por Paulo Gustavo Gonet Branco.¹⁶⁰ Nessa trilha, o constitucionalista acrescenta:¹⁶¹

Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.

Assim realmente o é. Vejamos.

O processualista José Augusto Delgado define o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.¹⁶²

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso professa que “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos

¹⁵⁹ Conforme acentuado por Paulo Gustavo Gonet Branco, “Tudo isso contribui para que uma parte da doutrina americana desdenhe do conceito, tomando-o como ‘pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com os quas discorda’, um termo terrivelmente banal”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 392.

¹⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 392.

¹⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 394

¹⁶² DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; JAYME, Fernando Gonzaga; LAVOR, Maria Terra. **Processo civil – novas tendências**: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 319.

valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes (...).¹⁶³

O ativismo melhor floresce em ambientes de retração do Poder Legislativo e de omissão do Executivo. É exatamente este o quadro do direito à saúde em *terrae brasilis*, por isso há tanta discussão em torno do assunto.

Aliás, a condenação do Poder Público a obrigações de conduta ou abstenção é tradicionalmente elencada como exemplo do fenômeno, ao lado, por exemplo, da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da intervenção do legislador ordinário e da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.¹⁶⁴

O ativismo pode ser pintado em formas e categorias distintas.

Quanto às formas, separa-se o ativismo substancial, mais preocupado com a concretização de direitos por meio de provimentos judiciais definitivos, do ativismo processual, relacionado à maneira com a qual se desenvolvem as querelas no Judiciário, objetivando tornar a jurisdição mais efetiva e célere.¹⁶⁵

No que se refere às categorias, ativismo de expansão ou usurpação seria aquele que se dá pela afirmação da capacidade judicial em detrimento das demais, e o ativismo de retração ou autorrestrição se notabiliza pela abdicação da capacidade de atuação que, a rigor, teria sido garantida ou pretendida pelo próprio ordenamento.¹⁶⁶

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, reconhecendo a insuficiência da abordagem unidimensional do ativismo, expõe uma análise multidimensional da proposta.¹⁶⁷

Então, propugna as seguintes dimensões: metodológica, processual, dirigista, estrutural, intrainstitucional, maximalista e antidialógica.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 16 ago. 2019.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49.

¹⁶⁵ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. **Direito Público**, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014, Brasília.

¹⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mnedes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 541-596.

A primeira consiste na atitude de interpretação dos dispositivos constitucionais ou legais expandindo ou reduzindo os seus significados para muito além ou aquém do sentido literal do texto, e até mesmo contra esse sentido.

Também acontece

quando o juiz constitucional aplica diretamente dispositivos constitucionais a situações que não estão expressamente previstas no texto sem a intermediação do legislador ordinário, inaugurando assim a regulação de condutas a partir de normas constitucionais muito abstratas e dotadas de alta carga de indeterminação semântica.

A segunda seria revelada pelo alargamento que o Supremo tem feito do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua disposição, ampliando assim as hipóteses de cabimento de ações e recursos e os efeitos de suas decisões. “O Tribunal amplia assim sua participação na ordem jurídica e democrática por meio da amplificação de seus instrumentos processuais. Este comportamento acaba tendo efeitos sobre o campo de atuação das instâncias judiciais ordinárias”.¹⁶⁸

A terceira trata-se da atitude judicial de ditar tarefas em questões de políticas públicas, sobretudo no campo dos direitos sociais. Enquadra-se neste viés a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

A quarta se consubstancia, dentro da estrutura de Poderes do Estado, na interferência em matérias reservadas aos demais atores políticos, tradicionalmente imunes ao controle judicial: “Outra forma de manifestação é a carência de deferência da Corte às decisões dos demais poderes quando a ilegitimidade constitucional não se apresenta clara, mas, ao contrário, insere-se em um contexto de dúvida razoável”.

A quinta diz respeito aos efeitos intrainstitucionais da dimensão processual do ativismo da Corte. Trata-se da amplificação, da concentração de poderes da Corte Constitucional em prejuízo do espaço de jurisdição das instâncias inferiores.

A sexta, baseada em Sunstein, identifica a postura judicial de estabelecer amplas regras para o futuro e que também dá justificativas teóricas para os seus resultados.

¹⁶⁸ Fornece os seguintes exemplos: a) uso frequente de sentenças que manipulam no tempo os efeitos das decisões; b) a tentativa de extensão da eficácia vinculante das decisões para os seus motivos determinantes; c) a ampliação da eficácia das decisões em sede de mandado de injunção; d) a busca pela amplitude do cabimento do instrumento de reclamação, de modo que se possa realizar em seu bojo o controle incidental de constitucionalidade; e) a tentativa, ainda não bem-sucedida, de atribuição de eficácia vinculante também para as decisões tomadas no âmbito do controle difuso, o que se tem chamado de objetivação do controle difuso; f) a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões que não são reiteradas.

A última, mas não menos importante, se dá pela afirmação dos juízes e tribunais, especialmente da Corte Constitucional, não apenas como derradeiros intérpretes da Constituição, mas como únicos e exclusivos, em prejuízo de todos os demais, fechando as hipóteses de rediscussão acerca de determinada questão constitucional ou, em outros termos, impedindo o debate institucional.

De outra banda, o oposto de ativismo judicial é a autocontenção ou autorrestrição. Neste caso, o Estado-Juiz reduz sua interferência na ação de outros Poderes, com preservação das instituições.

Para Melissa de Carvalho Moreira, vislumbra-se “autocontenção quando o Judiciário evita aplicar diretamente a Constituição a situações não expressas, quando adota critérios mais rígidos para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou se abstém de interferir na determinação de políticas públicas”.¹⁶⁹

De uma forma ou de outra, defende-se neste estudo que o ativismo judicial e a autocontenção são posturas que, aprioristicamente, não são boas ou ruins. O balanço da conjuntura temporal, do grau de afetação de direitos fundamentais, das circunstâncias concretas e da atuação dos outros Poderes é que dirá, caso a caso, o comportamento esperado e desejado do Judiciário, isto é, se mais expansivo ou mais autolimitativo.

Uma boa maneira de guiar o acerto da atitude judicial no controle de políticas públicas, por exemplo, é a imposição de parâmetros que pautem o comportamento esperado dos magistrados.

É exatamente este horizonte que o trabalho persegue em matéria de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado.

3.4 Relações e distinções entre judicialização e ativismo judicial

Apesar de representarem fenômenos similares, a Judicialização e o Ativismo Judicial não se confundem.

Inquestionavelmente, são os fatores mais relevantes na explanação da maior intervenção jurisdicional em temas políticos e sociais, especialmente na esfera das políticas públicas.

¹⁶⁹ MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do poder judiciário. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 2º sem. 2018, p. 218.

No entanto, enquanto a judicialização indica um direito constitucional de busca pela devida tutela judicial, o ativismo retrata uma postura mais expansiva da magistratura, geralmente escudada no signo da concretização de fins e valores constitucionais, sobretudo ante o quadro de inércia estatal, refletindo diretamente no espaço de atuação dos demais Poderes. Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso consigna:¹⁷⁰

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 Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Dessarte, talvez a melhor forma de distinguir judicialização de ativismo seja pela relação fato x atitude proativa.¹⁷¹ Ou seja, enquanto a judicialização é um fato inelutável decorrente do próprio arranjo jurídico-institucional formatado pela Constituição brasileira, o ativismo é um comportamento proativo de interpretação constitucional, que alarga seu sentido e alcance.

A judicialização é um fator contingencial decorrente de uma série de fatores e se desenvolve, a princípio, dentro dos limites que o ordenamento jurídico autoriza a atuação judicial. O ativismo é preponderantemente comportamental e pode tanto reconfigurar as fronteiras da jurisdição perante os demais Poderes quanto ressignificar as normas de direito material e processual no momento de sua aplicação em juízo. Daniel Giotti ajudou a esquadrihar a linha de separação entre os dois mecanismos:¹⁷²

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 16 ago. 2019, p. 25.

¹⁷¹ No particular, cf. ITO, Marina. Judicialização é fato, ativismo é atitude". **Consultor Jurídico**, 17 de maio de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 22 maio 2018.

¹⁷² DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 300.

Assim, à guisa de conclusão, consegue-se avançar no debate e demarcar campos distintos para a judicialização e para o ativismo. A primeira se insere em uma perspectiva de submissão de questões substanciais de uma sociedade para o âmbito jurídico, seja inicialmente mediante um fenômeno de positivização constitucional, seja nos últimos anos com a progressiva transferência das questões políticas para os âmbitos das cortes. Aspectos normativos e empíricos, em simbiose, levaram a esse fenômeno. O ativismo, ao contrário, traduz-se mais em uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura. Contrapondo-se a auto-contenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada. Parece que o novo constitucionalismo sedimentou um caminho mais fácil para posturas ativistas, mas fato é que, historicamente, esteve ele atrelado a um modelo constitucional mais contido.

Portanto, diante do fato da judicialização, dois comportamentos podem ser esperados: um expansivo, ativista, e outro restritivo, autocontido. Existe judicialização sem ativismo e ativismo sem judicialização.

Nada obstante, a intensidade do ativismo evidentemente pode interferir na própria extensão da judicialização. Curiosamente, o inverso também acontece, pois é no ambiente judicializado que o ativismo tende a campear mais. O raciocínio é bem esposado por Viaro:

Se de um lado, judicialização e ativismo judicial são conceitos separados, que podem ser medidos por diversos parâmetros, sendo possível cogitar, em tese, a judicialização sem ativismo (bastando que os juízes atenham-se aos limites propostos) e o ativismo sem judicialização (tomando-se, por exemplo, a ideia de judicialização como tendência, e a decisão ativista como um impulso isolado), de outro, é inegável que a judicialização facilita, ou, ainda, “abre as portas”, para o ativismo. E, da mesma maneira, mas sob outra ótica, se, de um lado, é possível conceber que o aumento da busca pelo Poder Judiciário para a discussão de determinadas questões e conflitos seja estimulado por posturas ativistas de juízes e tribunais, no lado oposto, a excessiva procura pela via jurisdicional pode acabar ensejando o ativismo, mas agora pela adoção de posturas de autocontenção e autorrestrição, visando à contenção dessa demanda.

De qualquer forma, para uma devida compreensão desses fenômenos, é imprescindível que a correta delimitação de seus conceitos, a repercussão de seus efeitos no funcionamento do estado e o umbilical vínculo que os identifica devem ficar, como visto, perfeitamente assentados.

3.5 Críticas ao protagonismo judicial

O movimento do protagonismo judicial adquiriu inúmeros defensores, mas também severos críticos.

É preciso relatar algumas dessas objeções, sem pretensões, entretanto, de exaurir o tópico.

Do ponto de vista psicanalítico e sociológico, sobressaem as ponderações expandidas pela filósofa alemã Ingeborg Maus.

A pensadora defende¹⁷³ que a sociedade alemã vem atravessando um caminho de infantilização, acompanhado de uma progressiva representação da Justiça, que tem ganhado contornos até mesmo de veneração religiosa.

Nessa esteira, descreve a apatia política dos cidadãos, consubstanciada na falta de cidadania plena, o que os tornaria facilmente manipuláveis pelo Judiciário, o qual exerceria uma função paterna, dominando suas ações e desejos. Melhor explicando, a imagem construída pelos alemães da instituição judiciária por intermédio do julgamento de casos funcionaria como o reconhecimento da cultura alemã.

Os cidadãos, em estado infantilizado, estariam, à mingua de qualquer conscientização, expostos a valores não legitimados pelo povo, porquanto não foram por ele escolhidos, mas despercebidamente absorvidos. A projeção do Judiciário como parâmetro da imagem da sociedade resultaria em uma nova relação entre os dois, isto é, o primeiro funcionaria como superego, como censor e julgador da segunda.

Para ela, estaria criado, assim, um verdadeiro ciclo vicioso, delimitado por alguns sintomas: o informalismo, como parâmetro decisório do Judiciário na maioria dos casos; a transferência pelos cidadãos infantilizados, para o Judiciário, da definição das diretrizes da sociedade; o deslocamento da esfera judiciária de questões tipicamente legislativas ou da tomada de decisões fulcradas cada vez mais em uma principiologia não definida textualmente pela Constituição e menos em regras.

A admoestação, como algumas adaptações,¹⁷⁴ poderia muito servir para o contexto brasileiro, em que o Judiciário, em geral, e o STF, em especial, tem assumido papel de relevância como órgão definidor dos destinos da sociedade.

¹⁷³ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov./2000.

Outra crítica tradicionalmente pontuada contra o protagonismo judicial é feita por Ran Hirschl. O professor americano expressa que a judicialização da política contemporânea agrega uma transferência maciça das questões políticas mais importantes e controversas para as cortes.¹⁷⁵ Focado nessa premissa, compartimentaliza a judicialização em três tipos.¹⁷⁶

O primeiro deles seria uma difusão do discurso jurídico, com seus jargões e regras, para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política. Este modelo mais abstrato de judicialização abarca as relações sociais, com o avanço paulatino do direito sobre a cultura popular, outras áreas da vida privada e em sociedade.

O segundo é mais concreto e diz respeito à revisibilidade judicial das decisões políticas tomadas pela administração ordinária. Nesse particular, a jurisdição amplia seu papel na definição de direitos e se imiscui nas relações entre órgãos estatais. Para alguns, a exorbitância da função da jurisdição criaria um governo de juízes.

O terceiro trata da judicialização mais vista nos tempos modernos, a da política mega (*mega politics*), isto é, de controvérsias políticas essenciais, o que eleva as cortes à condição de parte crucial na formulação de políticas.

Assim, identifica como juristocracia o processo de progressiva transferência dos poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário.¹⁷⁷

Alicerçado nessas três categorias, chega à tese de que a judicialização representaria uma preservação hegemônica elitista. A ideia foi felizmente sintetizada na seguinte passagem:¹⁷⁸

¹⁷⁴ Maus parte da premissa de uma alta popularidade do Judiciário alemão perante a população. Em uma das notas de rodapé do texto (p. 185), exprime. “Esse ganho de confiança é comprovado por pesquisas de opinião pública: entre as instituições políticas e sociais da República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional conta com o exorbitante percentual de 62% de aprovação da população. A título comparativo, a universidade atingiu apenas 2% e mesmo a televisão alcançou somente 34%”. Na outra via, pesquisa feita no corrente ano pelo Datafolha demonstra que o nível de popularidade do Judiciário brasileiro ainda não é tão alto. O Poder Judiciário, considerando juízes e desembargadores, ostenta o seguintes números: 24% confiam muito, 48% confiam um pouco e 26% não confiam. Já no STF, 17% confiam muito, 47% confiam um pouco e 33% não confiam. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/07/1988221-forcas-armadas-tem-maior-grau-de-confianca-entre-instituicoes.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁷⁵ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordam Law Review**, v. 75, n. 02, 2006, p. 722.

¹⁷⁶ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordam Law Review**, v. 75, n. 02, 2006, p. 723-727.

¹⁷⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University, 2004, p.1.

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis (tradução livre).

Verdade seja dita, se uma parcela da comunidade jurídica pode acusar o Judiciário brasileiro de se enquadrar na concepção de Hirshl em algumas matérias de interesse político ou econômico, definitivamente não há como fazê-lo quando o assunto é concretização de direitos sociais, principalmente na saúde. A instituição judiciária pátria, de uma maneira geral, incluindo as instâncias superiores, tem estado comprometida com a realização desses direitos e com o fim do quadro de perpetuação das desigualdades sociais.

Ao contrário, os principais problemas verificados na judicialização neste campo defluem da excessiva interferência em favor de uma ideologia de implementação de direitos e em nome do Estado Democrático de Direito. Por isso, o desafio de balizamento do controle judicial no assunto.

Nesse espírito, os já mencionados juristas Thiago Marrara e Lydia Telles Nunes indicam as principais desvantagens que costumeiramente são suscitadas em relação ao protagonismo judicial na área da saúde.¹⁷⁹

Além da questão da harmonia dos Poderes,¹⁸⁰ também falam dos riscos da substituição de decisões de órgãos técnicos por decisões superficiais da magistratura e dos limites financeiros que adornam a discussão dos direitos sociais.¹⁸¹

Ainda levantam a celeuma atinente à confusão entre micro e macrojustiça:¹⁸²

uma vez que o Judiciário, segundo Castro, muitas vezes autoriza demandas dos cidadãos perante o sistema estatal de saúde sem considerar a globalidade das políticas públicas existentes, incluindo as políticas orçamentárias. Assim, não raro, ao buscar a justiça no caso

¹⁷⁸ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University, 2004, p. 49.

¹⁷⁹ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Batsos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. *In: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde.*** São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-88.

¹⁸⁰ Tratada com detalhe do capítulo anterior.

¹⁸¹ Os dois problemas serão abordados no capítulo seguinte com mais vagar.

¹⁸² MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Batsos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. *In: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde.*** São Paulo: Atlas, 2010, p. 87-88.

concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticadas em um mesmo momento e de modo coerente.

Luís Roberto Barroso igualmente expõe três categorias de oposição à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos.¹⁸³

Uma tem conteúdo político-ideológico. Embora a investidura dos juízes não passe pelo batismo popular, a invalidação de atos perpetrados pelo Legislativo ou pelo Executivo qualifica papel inegavelmente político. A invalidação de decisões dos agentes políticos eleitos por aquelas emanadas de instâncias judiciais tem caracterizado uma dificuldade contramajoritária.¹⁸⁴

Ainda no tópico, a expansão do Judiciário tem recebido críticas quanto à sua legitimidade democrática e sua maior eficiência para proteção de direitos fundamentais. Sem falar naquela que vê o Judiciário como estamento conservador na distribuição de poder e de riqueza na sociedade.¹⁸⁵

Outras críticas giram em torno da capacidade institucional. Para evitar que o Judiciário se estabeleça como instância hegemônica, a doutrina tem falado de dois elementos limitadores de sua ingerência. Primeiro, a capacidade institucional: juízes podem não ter a melhor qualificação para dirimir aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, por não possuírem a necessária informação ou o conhecimento especializado. Segundo, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar uma posição maior de cautela e deferência por parte do Estado-Juiz, habitualmente preparado para lidar com a microjustiça, haja vista não estar preparado para avaliar o impacto de decisões em um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 50-53.

¹⁸⁴ “A questão mais profunda é que o controle constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema (...). Quando a Suprema Corte declara um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade dos representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial”. (tradução livre). BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. Cambridge: Yale University Press, 1986, p. 13-26.

¹⁸⁵ Neste particular, Barroso a associa às ideias já mencionadas de Ran Hirshl e à escola americana do constitucionalismo popular.

A terceira se comunica com a restrição do debate. É que a judicialização provoca uma elitização do debate, na medida em que o mundo do direito tem conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas, desaguando na exclusão daqueles que não têm domínio sobre esse instrumental próprio. Dessa forma, corre-se o risco do surgimento de um estado de apatia das forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes provedores.

A transposição do debate público para a arena judicial ainda redundava, nessa perspectiva, numa dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser regido pela razão, sem falar na conseqüente midiaticização dos processos e da argumentação judicial.

Outra impugnação famosa ao ativismo judicial vem da pena de Elival da Silva Ramos, para quem:¹⁸⁶

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a se referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição ou órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Críticas respeitáveis à parte, a observância do Estado Democrático de Direito depende da concretude dos direitos fundamentais, ao que enseja uma inevitável participação do Judiciário. Em realidade, o grande desafio, no que tange ao protagonismo judicial, é o estabelecimento de suas fronteiras – pois, se expressado com excesso – pode sair da condição de importante mecanismo de realização direitos para a de deplorável arbitrariedade detrimetosa à legitimidade democrática do Judiciário e ao Estado Constitucional de garantias.

No que tange ao direito à saúde, a situação ganha ares de dramaticidade. Decisões judiciais inconsequentes e despreocupadas com seus deletérios efeitos têm sido mais frequentes. Daí a relevância de se estabelecer um balizamento mais seguro para a atuação judicial neste campo.

¹⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

Por isso, no último capítulo, serão traçados alguns parâmetros para o controle judicial nas demandas forenses que versam sobre a política de fornecimento público de medicamentos e tratamentos.

O objetivo será conciliar o papel realizador de direitos fundamentais do Judiciário com a diminuição dos possíveis efeitos prejudiciais que sua atividade pode causar, visando à reafirmação da legitimidade jurídica e democrática do poder judicial.

4 PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL NA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS

4.1 Justiciabilidade do direito à saúde e a necessidade de parâmetros

A incapacidade dos “Poderes Representativos” de suprir adequadamente os anseios pela realização dos direitos sociais abriu caminho para uma atuação mais intensa do Poder Judiciário.

Como repisa André Ramos Tavares,

Semelhante papel assumido pelo Poder Judiciário em matéria de direitos sociais não é exclusividade brasileira, mas uma resposta às pressões sociais que ocorrem nos países de economia periférica, que ainda não alcançaram na plenitude a realização de um Estado Social mínimo.¹⁸⁷

Largando dessas diretrizes, deve-se acrescentar que o art. 5º, § 1º, da Carta Magna, aplicável à estirpe dos direitos fundamentais sociais, possui manifesta natureza de princípio e, como tal, na moderna concepção pós-positivista, configura-se como norma jurídica representativa de mandamentos de otimização que, nas lições de Alexy, “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Se a plena aplicabilidade das normas programáticas definidoras de direitos de segunda geração apresenta limitações fáticas e jurídicas que dependem da suplementar atuação do legislador e do gestor, não restam dúvidas, por outro lado, que tais normas possuem pelo menos um mínimo de aplicabilidade imediata, a ser assegurada, inclusive, pelo Judiciário, se preciso for.

A assertiva é corroborada pelos escólios de Ingo Sarlet:¹⁸⁸

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos

¹⁸⁷ TAVARES, André Ramos. **Direitos sociais e sua “evolução judicial” nos 30 anos da Constituição do Brasil**. In: TOFFOLI, José Antônio Dias. **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 600.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271.

reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora (...).

Aplicabilidade imediata quer dizer vinculatividade de um comando constitucional. Além disso, quer dizer direito subjetivo individual que pode ser vindicado, em caso de violação, judicialmente.

De verdade, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando sua lesão ou ameaça de lesão puder ser reparada pelos tribunais, ou seja, quando justiciável.¹⁸⁹

Por essa concepção, a omissão das providências legislativas e administrativas demandadas do Estado na tarefa de assegurar o cumprimento de direitos de cunho prestacional pode autorizar o Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena, de sorte a conceder amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa faltosa.¹⁹⁰

Nessa linha, é bem nítido que os direitos fundamentais sociais nutrem uma estrutura tríplice, pois podem ser contemplados como: a) garantia especial mediante normas jurídicas vinculantes; b) direitos subjetivos de seus titulares; c) direitos passíveis de judicialização.¹⁹¹

¹⁸⁹ “É essa, aliás, a razão que nos leva a falar em justiciabilidade e não em exigibilidade. A despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que justiciabilidade seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade”. LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182 abr./jun., 2009, Brasília, p. 52-53.

¹⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 618.

Com efeito, não se pode deixar de sustentar que a Constituição demanda uma certa margem de pró-atividade ou ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais prestacionais. Não é à toa que Luís Roberto Barroso propende:¹⁹²

Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa.

No terreno específico do direito à saúde, todas as premissas retroesposadas encontram mais justificativa ainda pelo constante quadro de insuficiência e omissão do Poder Público na sua proteção.¹⁹³

Outro fator que inegavelmente interfere no descumprimento do direito à saúde e na sua conseguinte judicialização diz respeito à dependência de estruturas particulares para sua concretização, que, a seu turno, muitas vezes deve acontecer por meio de prestações individualizadas exclusivas e eventualmente gratuitas.

Embora o serviço à saúde seja aprioristicamente um bem público que repercute em toda sociedade (art. 196, da CF), acaba sendo tratado como bem privado, cuja utilidade se limita à pessoa que o usufrui. Tamanha individualização da oferta gera carência em sua prestação pela administração do Estado, funcionando o Judiciário como última trincheira para o atendimento dos indivíduos.¹⁹⁴

Nessa seara, a prestação exigida do Estado varia de acordo com a necessidade particular de cada cidadão:¹⁹⁵

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007.

¹⁹³ Fernando Mânica fala em três hipóteses de interferência do Poder Judiciário, a saber, a) no caso de inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinada questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa); b) no caso de descumprimento, pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa); c) no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de) limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa. MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, ano 1, n. 1, jul.-dez. 2011, p. 26.

¹⁹⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, ano 1, n. 1, jul.-dez. 2011, p. 31.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 278**, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008.

Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais com recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Logo, o direito de proteção à saúde engloba o direito individual de não sofrer violação por parte de terceiros (direito de defesa) e o direito social de obter ações e serviços voltados à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito à prestação em sentido estrito).¹⁹⁶

Nada obstante, ressalva-se que essas diretrizes não podem levar à ideia de absolutização do direito à saúde, como se vê em diversas decisões judiciais, as quais acabam por perverter, em demandas individuais, toda a estruturação do sistema público de saúde, resultando em desestabilização e quebra do princípio da isonomia.

Além disso, relembra Sarlet:

o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.¹⁹⁷

Dessarte, da mesma forma que a justiciabilidade do direito à saúde é algo irreversível, deve ser delimitada por balizas gerais sérias, que evitem a deturpação do próprio sentido de proteção que esse mecanismo impõe.¹⁹⁸

Nesse espírito, é inevitável estudar, com enfoque na política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, a parametrização do controle judicial do direito à saúde, a partir de bases teórico-doutrinárias e jurisprudenciais.

¹⁹⁶ LOUREIRO, João Carlos S.G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1, p. 674.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 326.

¹⁹⁸“Neste passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das idéias de “judicialização da saúde (ou politização da justiça”), segundo os quais se admite o que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49.

4.2 Direito ao mínimo existencial à saúde x reserva do possível

Os direitos sociais ditos de segunda geração são tradicionalmente associados à ideia de mínimo existencial.¹⁹⁹

A teoria do mínimo existencial quer dizer que o usufruto dos direitos de liberdade negativa (direitos individuais) depende de uma prévia implementação de um piso mínimo de direitos voltados essencialmente para o atendimento das necessidades básicas de um ser humano.

Ricardo Lobo Torres é um dos maiores expoentes dessa doutrina em solo pátrio. Para ele, o mínimo existencial representaria as “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.²⁰⁰ Além disso, segundo o jurista, o mínimo existencial não tem dicção própria, devendo-se procurá-lo no ideário de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, no devido processo legal e na livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.²⁰¹

Constantemente, o mínimo existencial é lincado ao postulado da dignidade da pessoa humana. Ana Paula de Barcellos assim esgrime:²⁰²

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis a existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (...) Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

¹⁹⁹ “Lembram Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que é comum atribuir-se a Otto Bachof, já no início da década de 1950, a originalidade de um reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna, como leitura derivada do art. 1º, inc I, da Lei Fundamental alemã. Todavia, Cogo Leivas aponta como sendo um julgado de 1951 o marco em termos de formação de um precedente sobre o tema na Alemanha. Para Sarmento a ideia de um direito ao mínimo existencial, surgiu em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão prolatada em 1953, incorporando-se ao Tribunal Constitucional posteriormente”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 745.

²⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 28 nov. 2019.

²⁰¹ Fala ainda: “O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais”.

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

Daniel Sarmiento, por sua vez, identifica três linhas de argumentação do mínimo existencial, duas de cunho mais instrumental e outra de viés não instrumental. As primeiras seriam que: a) o mínimo existencial se trata de uma exigência necessária para a garantia da liberdade real; e b) o mínimo existencial é uma exigência para a proteção dos pressupostos da democracia. A última consubstanciaria: c) o atendimento das necessidades materiais básicas (essenciais) constitui um fim em si mesmo e não um meio para o exercício (ou obtenção) de outras finalidades.²⁰³

Existe elevado consenso de que o mínimo existencial envolve uma dimensão negativa que opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna, isto é, uma tutela mínima contra intervenções públicas ou particulares, e uma positiva como um conjunto essencial mínimo de direitos prestacionais que devem ser efetivados para possibilitarem aos indivíduos uma vida digna.²⁰⁴

Em que pese certos professores indicarem que o conteúdo do mínimo existencial não pode ser definido abstratamente, desvinculado de uma situação específica, não há como deixar de concordar que ele inquestionavelmente perpassa por educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.²⁰⁵

É ponto comum que, embora a dignidade subjacente ao mínimo existencial não seja suscetível de quantificação, é possível quantificar as necessidades individuais correspondentes, a serem cumpridas mediante prestações. A quantificação da parcela destinada à garantia das condições mínimas é espacial e temporariamente subordinada, sobretudo ao rol de expectativas e anseios do momento e ao padrão socioeconômico vigente.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202-203.

²⁰⁴ “Já no que diz com as suas funções no contexto dos direitos fundamentais, o direito (e garantia) ao mínimo existencial, funciona, numa primeira perspectiva, de resto a mais desenvolvida na esfera jurídico-constitucional, especialmente no direito estrangeiro, na dicção de Paulo Caliendo, como ‘uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo. Da mesma forma, no sentido ‘positivo’, resulta para os órgãos estatais (e, em determinados casos, também para os particulares), a obrigação de cunho positivo de assegurar as prestações inerentes ao mínimo existencial”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 322.

²⁰⁵ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 140.

As dificuldades orçamentárias para o implemento do mínimo existencial são sistematicamente assinaladas como o principal motivo de sua impugnação.

É bem verdade que Stephen Holmes e Cass Sustein desmistificaram o mito de que apenas a concretização dos direitos prestacionais positivos é financeiramente dependente. Também as liberdades negativas demandam alocações orçamentárias do Estado para se instrumentalizarem, nomeadamente na fiscalização (policiamento) da sua execução. Todos os direitos, nessa esteira, em certa medida, maior ou menor, somente podem ser efetivados com alguma ajuda do dinheiro do contribuinte.²⁰⁶

No entanto, é inequívoco que os direitos sociais precisam, por si só, de condições econômicas para serem executados, de uma carga alocativa de recursos que possibilite a entrega das prestações quantificadas, exigidas em nível individual.

As limitações financeiras à consumação dos direitos de segunda geração são corriqueiramente relacionadas à doutrina da reserva do possível.

Habitualmente, imputa-se ao direito alemão, especialmente a partir dos anos 70, a construção da teoria da reserva do possível.

Efetivamente, foi propalada por decisão da Corte Constitucional germânica, tomada em 1972, no caso chamado de “Numerus Clausus”.²⁰⁷ Ali, debatia-se a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um maior número de concorrentes aos postos estudantis. Sobre o episódio, Daniel Sarmento aduziu:²⁰⁸

Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de

²⁰⁶ “Rights are familiarly described as inalienable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for with other branches of government bear the ultimate responsibility”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co., 1999, p. 94

²⁰⁷ “Numerus clausus é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação”. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 407-408.

estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, “em primeira linha, pelo legislador”, que “deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências de harmonização econômica geral”.

A respeito de como o direito alemão considera a reserva do possível, o Juiz Federal baiano Dirley da Cunha Júnior averigua:²⁰⁹

A doutrina e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.

A Corte Constitucional alemã assentou que existem direitos sociais oponíveis *prima facie* ao Estado, mas que eles não podem ser dispensados de forma absoluta, uma vez que restrições financeiras são incontornáveis e devem ser consideradas como medida de reserva no contexto em tela.

A consecução dos direitos sociais entra em estado de tensão com limitações orçamentárias, requerendo a ponderação entre esses dois elementos para a produção dos melhores resultados.

Desde então, a dicotomia “efetivação dos direitos sociais x reserva do possível” começou a aparecer mais intensamente no debate jurídico de muitos países, de acordo com as peculiaridades existentes na realidade social e jurídica de cada qual.

No Brasil, a problemática floresceu com o advento da Constituição de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, que reservou, de um lado, lugar de destaque para compromissos sociais – tendo trazido expressamente, em seu art. 6º, a consagração de uma miríade de direitos prestacionais em espécie – e, de outro, rígidas diretrizes orçamentárias a serem observadas pelo Poder Público (art. 165 e ss).

Com a evolução dos estudos a respeito da indigitada teoria, entende-se atualmente que a reserva do possível deve ser tomada a partir de duas facetas, uma fática e outra jurídica.

²⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 434.

A reserva do possível fática concerne à real possibilidade econômica de satisfação dos direitos de segunda geração pelo estado, vale dizer, à disponibilidade dos recursos necessários para tal. Já a jurídica reflete a necessidade de existência de autorização orçamentária para destinação de dinheiro ao desempenho dos serviços públicos conducentes ao fiel cumprimento dos direitos. Na perspectiva particular do direito à saúde, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo articulam:²¹⁰

O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação de recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde (...). Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica.

Dentro desse quadro, a incorporação da teoria da reserva do possível à realidade jurídica brasileira recebe críticas severas, diante das diferenças sociais e econômicas que nos separam de sua origem.

Alguns especialistas externam compreensão no sentido de negar validade à importação de teoria forjada em nação desenvolvida para a realidade do nosso país, ainda em desenvolvimento e com imensos desafios sociais.

No ponto, Andreas Krell disserta:²¹¹

A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países centrais do chamado “Primeiro Mundo” com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.

O professor Krell ainda é secundado pelo já citado Dirley da Cunha:²¹²

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico - constitucional**: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 29.

²¹¹ KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**: uma visão comparativa. Disponível em: http://www.institutoapoiar.org.br/images/bibliotecas/Realizacao_dos_direitos_fundamentais.PDF. Acesso em: 15 abr. 2012.

²¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 435-437.

concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas aos quais se sujeitam (...). Num estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. (...) Deveras, transladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem Estar.

No entanto, a tese da inadaptabilidade completa da reserva do possível ao Direito nacional pode levar a exageros indesejados.

A cláusula da limitação orçamentária na conjuntura de um país ainda carente de desenvolvimento e com sérias agruras estruturais, como o nosso, deve ser observada com um grau ainda maior de atenção, sem prejuízo do dever constitucional de atendimento ao mínimo existencial.²¹³

Nem tanto ao mar, nem tanto ao céu. A correta leitura da reserva do possível, nomeadamente no Brasil, deve ser a de que ela não pode funcionar como uma barreira inescapável a pretensões legítimas de restauração de ofensas a direitos fundamentais, mas também não pode ser um argumento completamente desconsiderado.²¹⁴

²¹³ “me parece que o argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância. Não obstante, concordo com o Prof. Krell quando ele afirma que tanto o maior grau de miserabilidade da população brasileira, como a forma explícita de positividade dos direitos sociais no texto constitucional – muito diferente, por exemplo, da Constituição alemã, que não os consagrou expressamente –, são incompatíveis com a tese da insindicabilidade. Como Krell, não tenho dúvidas sobre a legitimidade e necessidade da intervenção judicial nesta seara. Sem embargo, diferentemente dele, entendo que isto não afasta a incidência da reserva do possível, compreendida – frise bem- não como um bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como critério importante para a sua parametrização”. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 409.

²¹⁴ Inicialmente, a jurisprudência consignava o direito à saúde como veiculado em norma meramente programática, que não confere aos beneficiários um direito subjetivo, consideradas as limitações financeiras e por proteger um interesse de cunho geral (v.g. ROMS n. 6564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJU em 17.06.96). Apenas no final dos anos 1990 e começo dos anos 2000, em casos que versavam sobre o fornecimento de medicamentos e tratamento de pacientes de HIV, o STF passou a considerar a saúde como um direito público subjetivo, não podendo ser reduzida à “promessa constitucional inconstitucional”. Nesse sentido, o histórico AgR no RE n. 271.286-8/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU em 24.11.2000.

Parece que o melhor caminho é utilizar esta doutrina como índice limitador a ser ponderado, um efetivo parâmetro de observação.

A reserva do possível não é o fator em si a ser ponderado, mas a escassez de recursos que ela implica e a violação à isonomia disso decorrente.²¹⁵ Ou seja, afigura-se como um elemento restritivo do mundo dos fatos que repercute na aplicação do Direito.²¹⁶

Portanto, forte na teoria de Alexy²¹⁷ e Martin Borowsky,²¹⁸ deve-se repetir que a sindicabilidade judicial dos direitos sociais deve ter um caráter *prima facie* que se sujeita a um processo de ponderação à luz de casos concretos antes de seu reconhecimento como definitivo.

Nesse diapasão, a reserva do possível constitui relevantíssimo, embora não exclusivo, ingrediente a ser sopesado pelo julgador para solver demandas que envolvam a temática em tela. O pensamento foi sistematizado por Robert Alexy:²¹⁹

Fica claro que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, “em sua validade normativa, não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização”. Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – “a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.

Verdadeiramente não pode deixar de ser assim. A realidade prática tem demonstrado que decisões judiciais que simplesmente ignoram seus efeitos sistêmicos econômicos acarretam consequências catastróficas.

²¹⁵ Conforme assinala Marcos Maselli Gouvêa: “o óbice representado pela reserva do possível justamente, em países como o Brasil, onde a maioria da população, carente, seria destinatária por excelência dos direitos prestacionais. É nos países pobres que a questão da alocação de recursos traduz-se efetivamente, numa escolha dramática, em que deliberar a realização de uma determinada despesa, contemplando certo projeto, importa reduzir ou suprimir os recursos necessários para outra atividade”. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

²¹⁶ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 199.

²¹⁷ ALEXY, Robert. **Derechos sociales fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, pp. 69-88.

²¹⁸ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 148-186.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Derechos sociales fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 515.

Não é por menos que os municípios, principalmente os menores, isto é, as unidades de nossa Federação que abarcam quantidades inferiores de volume de recursos para dar vazão aos serviços públicos de sua competência, são especialmente afetados, conforme noticiam, voltados particularmente ao caso de pagamento de fármacos e tratamentos, Ana Carla Bliacheriene e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:²²⁰

Na prática, muitos municípios do país não se vêem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população. Junte-se a isso o fato de que muitos desses municípios são condenados pelo Poder Judiciário a pagar determinados fármacos e tratamentos quando, além de atender à população local, atendem a uma macrorregião que está ao seu entorno. Esses dados não podem passar ao largo da ponderação do Judiciário.

Não se trata exatamente de invocar a fórmula de Pareto,²²¹ senão apenas de chamar atenção para o fato de que a busca pela efetivação dos direitos sociais (mínimo existencial) não pode funcionar como “abracadabra jurídico”, capaz de levar magistrados a conceder prestações materiais, ainda que a pretexto de estarem observando a ideia de mínimo existencial, sem ao menos meditar sobre os consecutórios impactos orçamentários. Não pode servir como um tipo de panacéia que faça tábula rasa dos parâmetros que devem ser imperiosamente verificados.

Dessarte, trazendo a discussão para o objeto específico do presente esforço acadêmico, qual seja, o fornecimento público de fármacos e tratamentos médicos, é preciso sistematizar a forma como deve ser compreendida a reserva do possível neste complexo jogo de ponderação de bens jurídicos.

O Judiciário deve, pois, debruçar-se sobre a reserva do possível no julgamento de situações concretas. O ponto nevrálgico do debate é saber como ela deve ser corretamente encarada.

A alegação de total ou insuficiente possibilidade material/financeira, pelo Estado, de proporcionar determinado tipo de medicamento ou tratamento em juízo não merece conduzir à automática concessão do pleito da outra parte. Esse nível de

²²⁰ BLIANCHERIENE, Ana Carla; MENDES SANTOS, Guilherme Adolfo dos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. *In*: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

²²¹ “ princípio segundo o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Eduardo Ferreira Silva. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 10.

interpretação da reserva do possível reflete uma postura pouco comprometida, que tapa a visão para as demais obrigações constitucionais do poder público.²²²

Outrossim, a ponderação deve ser realizada de forma devida. Assim, o cotejo valorativo tampouco servirá bem se for feito puramente entre o direito individual à saúde, consubstanciado na entrega do medicamento ou no tratamento que, a rigor, envolve o próprio direito à vida saudável, e frias cláusulas financeiras, que abstratamente podem causar prejuízo ao ente público condenado judicialmente a custeá-lo.

Ora, nessa lógica demasiadamente setorial na resolução de demanda judicial concreta, o equacionamento do caso quase que inexoravelmente penderá ao favorecimento do pedido do requerente e de uma suposta concretização do direito à saúde, a partir de um universo mais amplo de recursos que o Estado teoricamente possui e da contraposta natural hipossuficiência do cidadão diante disso, por mais economicamente dispendiosa que sua postulação possa ser.

O pecado dessa forma de julgar em uma atmosfera tão particular e diminuta é que ela afronta cabalmente o princípio constitucional da isonomia.²²³

O julgador não pode se olvidar que sua atitude, não tão bem meditada, de conceder uma medida específica a alguém é detrimetosa a um grupo de pessoas que estejam com o mesmo estado de enfermidade e que não poderão ser igualmente contempladas em virtude da escassez de fontes monetárias. Isso agrava o problema, quando globalmente entendido.²²⁴

²²² “Nesse tocante, uma vez que as políticas públicas envolvem gastos, e, partindo-se do pressuposto de que há uma limitação nos recursos, forçoso priorizar quais serão as destinações do dinheiro público, destacando-se aqui a influência das imposições constitucionais quanto aos fins a serem pretendidos. Por conseguinte resta observar no tocante à escolha dos dispêndios públicos que não se presta a um tema reservado à deliberação política por um todo, mas sim uma forte influência dos mandamentos constitucionais”. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 98.

²²³ “A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

²²⁴ “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do

Não se ignora a dificuldade de assimilação dessa realidade, até mesmo pelos contornos emocionais a ela subjacentes, mas calha salientar que a isonomia impõe que pessoas acometidas pela mesma doença, no mesmo grau, merecem receber o mesmo tratamento, o que inviabiliza eventual exigência judicial de determinação ao Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível outorgar a todas as pessoas em condições iguais.²²⁵

Dessa maneira, a reserva do possível fática deixa de ter um caráter frio e distante para assumir o papel de garante da igualdade, da saúde e da vida de pessoas, devendo assim ser interpretada.

Por sua vez, a reserva do possível jurídica, isto é, o princípio da legalidade da despesa,²²⁶ também deve ser enfrentada de forma apropriada. A previsão orçamentária feita pelo legislador é um aparato jurídico relevante e contribui para a própria saúde da economia, podendo ser formulada em um espectro considerável de liberdade na escolha de áreas em que serão investidos os recursos públicos.²²⁷ Não pode o juiz simples e prepotentemente se esquecer dessa premissa. Entretanto, a escolha do legislador deve ser feita de forma coerente, de sorte a não empecer a concretização do direito constitucional à saúde, o que reclama a intervenção do Judiciário quando necessário.

Mesmo após assentar o enfoque segundo o qual a reserva do possível deve se organizar, salienta-se que os integrantes do Judiciário, não raras vezes, são empurrados para uma verdadeira “escolha de Sofia”: se optarem por conceder a tutela de saúde vindicada em uma lide específica, ainda que dotados de boa argumentação jurídica, podem ter consciência de que estão retirando recursos públicos de políticas de combate àquela particular enfermidade ou que seriam destinados à prevenção e à cura de outras moléstias. Se denegarem o requerimento do litigante, em nome da igualdade de acesso às políticas públicas de saúde, saberão que sua conduta refletirá, ainda que indiretamente, em prejuízos à saúde desse jurisdicionado e, em casos limítrofes, até em seu falecimento.

autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta”. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411.

²²⁶ Necessidade de autorização legal para efetuar determinado gasto público.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Derechos sociales fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 748.

Para racionalizar essa árdua tarefa, algumas balizas, portanto, devem ser fixadas.

Em decisão monocrática que extinguiu, por perda superveniente de objeto, a ADPF n. 45,²²⁸ o Ministro Celso de Mello bem constatou a controvérsia em debate, tendo identificado, inclusive, os parâmetros necessários que devem permear as decisões judiciais neste campo:²²⁹

os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas.

De um lado, após reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário atuar na função de garante da concretização do direito social à saúde, ante a inércia dos demais Poderes, o Ministro chancelou a importância do mínimo existencial e a impertinência do descaso estatal na sua concretização.

Senão vejamos:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustificadamente recusada pelo Estado.

No outro flanco, Sua Excelência apontou a importância da análise do fator “cláusula da reserva do possível”, que, na sua leitura, somente funciona como exculpante da responsabilidade do Estado de provisionar o mínimo existencial, caso

²²⁸ O caso versou sobre o veto presidencial a dispositivo de Lei de Diretrizes Orçamentárias, referente ao ano de 2004, que assegurava recursos mínimos à área de saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional n. 29/2000.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Decisão Monocrática do Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 04.05.2004.

cabalmente atestada sua incapacidade financeira e desde que isso não provoque aniquilação dos direitos sociais em xeque:

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

Com efeito, o binômio proposto por Celso de Mello, isto é, “razoabilidade da pretensão individual-social em face do Poder Público x existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas”, reflete o centro do debate e, por isso, deve ser melhor explorado.

A razoabilidade da pretensão do demandante guarda umbilical ligação com o nível de essencialidade da prestação material que está sendo reivindicada.

No caso dos medicamentos e tratamentos médicos, o postulante que comprovar maior grau de comprometimento ao seu mínimo existencial terá mais chance de lograr sucesso. Uma vez mais, leciona Daniel Sarmento:²³⁰

Neste modelo, o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido. Porém persiste a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, a depender da constatação concreta dos interesses em disputa.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 420.

Recentemente, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, estabeleceu critérios cumulativos para a concessão de medicamentos não incorporados às listas do SUS. Na oportunidade, entendeu como fundamental a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, exarado por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento.²³¹

Realmente, a magnitude da relevância emprestada à pretensão do litigante individual resta mais evidenciada quando percebida dentro do contexto dos parâmetros estabelecidos no capítulo anterior, assim como se analisada pelo ângulo da necessidade e da hipossuficiência do vindicante.

Nesse particular, a Corte acolheu proposta formulada nas Jornadas de Direito da Saúde, organizada pelo CNJ:

Enunciado 15: As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

O Superior Tribunal ainda compreende que o laudo médico impescinde de ser expedido por médico do SUS, podendo ser feito por profissional público ou particular que assiste o paciente.²³²

É interessante notar que, em sede de embargos de declaração, a observância das balizas propostas no julgamento repetitivo aludido recebeu modulação de efeitos para projetar seus efeitos apenas para as demandas posteriores à sua conclusão. Mesmo assim, indicou que os casos anteriores devem se ater exatamente ao requisito da imprescindibilidade do medicamento.²³³

Alguns aspectos podem colaborar mais ainda para a formação da convicção do julgador. Não parece que simples prescrição de um medicamento ou de um atestado de

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1657156**, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25.04.2019.

²³² (...) Ressalte-se, ainda, que não há no ordenamento, jurídico brasileiro qualquer exigência que condicione o fornecimento de medicamento à prescrição exclusivamente por médico da rede pública. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.309.793/RJ**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 07/04/2017).

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1657156/RJ**. Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018.

importância da realização de um tratamento médico, assinado por um profissional da medicina, e trazido aos autos pelo demandante, possa significar, por si só, fator irrefutável da efetiva imprescindibilidade da pretensão. Caso fosse assim, a integridade do sistema estaria comprometida. É fundamental perquirir todo o acervo probatório coligido aos autos.

O histórico clínico do paciente/demandante pode funcionar como importante fio condutor para a persuasão do julgador. Tal documento pode situar a evolução da doença e a consequente importância da ingestão de determinado insumo médico ou do tratamento terapêutico. Outrossim, pode delimitar eventual impropriedade da medida solicitada em face da enfermidade específica, eventualmente até mesmo disponibilizada pelo SUS.

Aliás, um resumo do quadro clínico do litigante pode também ajudar a esclarecer se há impropriedade da medida requerida, seja pelo tipo de doença, seja pelo nível de evolução, pois muitas vezes a prestação fática solicitada pode não se adequar ao caso em espécie, devendo-se cambiar os medicamentos ou tratamentos a serem recebidos, os quais, por sua vez, podem até ser um dos disponibilizados pelo SUS. Assim, Andrea Carla Veras Lins pontifica:²³⁴

Em muitos casos vemos que a negativa decorre do fato de que os fármacos não estão previstos para a patologia descrita, ou não foram entregues em razão do estágio evolutivo da enfermidade, havendo outras terapias indicadas. Pode acontecer, ainda, de haver previsão de tratamento alternativo do SUS, com a mesma eficácia daquele que foi indicado.

Os protocolos clínicos são relevantes para a constatação de sua circunstancial substitutividade por outro mais barato (até mesmo genérico) ou já ofertado pelas políticas de atendimento normais do SUS. Também permitem conhecer as razões pelas quais determinado medicamento/tratamento é o único que se adequa ao organismo do particular e a razoabilidade de se atender pretensão que não se encontra contemplada pelas diretrizes do SUS.

²³⁴ LINS, Andrea Carla Veras. A produção, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114.

Nessa linha, no aresto repetitivo multimencionado prolatado pelo STJ, restou assentado que a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia é outro pressuposto que deve ser obrigatoriamente seguido pelo magistrado.²³⁵

Outrossim, é altamente recomendável, notadamente no campo dos provimentos jurisdicionais provisórios e de medidas judiciais de prestações continuativas, que se exija, de tempos em tempos, a renovação do relatório e da prescrição médica a serem apresentados aos autos para análise do estado atual de saúde do requerente, podendo determinar-se, em casos limítrofes, a produção de perícia.²³⁶

Outro fator relevante para aferição da pertinência do pedido é a incapacidade do requerente de arcar com os custos do medicamento ou tratamento, isto é, que a aquisição do bem provoque o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar. Este foi mais um critério estabelecido no julgamento em epígrafe.

Por outro lado, o STJ perfilhou: “Não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito”.

A hipossuficiência deve seguir padrões mais rigorosos que aqueles utilizados para o estabelecimento de verbas judiciais.²³⁷ O alcance probatório deve ser mais alargado, com a verificação de outras variáveis, a exemplo do cotejo entre contas domésticas (luz, água, gás, etc.) e outras despesas suplementares, ou a declaração de imposto de renda do paciente e os custos com a prestação pretendida.

Foi nesse sentido que o STJ manteve sentença que havia negado pedido para obrigar o Poder Público a prover medicamento para asma brônquica severa, mesmo contra a alegação de hipossuficiência do autor, calcado em outros elementos do acervo probatório juntado aos autos. Senão vejamos:

²³⁵ Na mesma linha: “(...) O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. (...) STF. 1ª Turma. RE 831.385 AgR/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 06/04/2015”.

²³⁶ “Claro que o magistrado não poderá acompanhar o processo quando já encerrada sua atividade jurisdicional, mas nada impede, ao contrário, aconselha que se estabeleça a apresentação de relatório atualizado, com determinada periodicidade, descrevendo e atestando a necessidade da continuidade do fármaco/tratamento. De outra forma, a autoridade que dá cumprimento à decisão, mesmo com o trânsito em julgado, poderá vir a entregar uma medicação a quem dela não precisa”. LINS, Andrea Carla Veras. A produção, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. *In: BIANCHIERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). Direito à vida e à saúde*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 115.

²³⁷ Art. 98 e ss. do CPC 2015.

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM ASMA BRÔNQUICA SEVERA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de ASMA BRÔNQUICA SEVERA. É assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justa a composição da lide. Precedentes: REsp 625329/RJ, Ministro LUIZ FUX, DJ 23.08.2004; REsp 735477/RJ, DJ 26.09.2006; REsp 813957/RJ, DJ 28.04.2006.

3. Assentando o Tribunal a quo concluído que a experiência nos leva a concluir que quem ganha R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) por mês, não utiliza o telefone de forma a ter uma conta mensal de R\$ 109,11 (cento e nove reais e onze centavos). Partindo do pressuposto de que a declaração de fls. 17 é verdadeira, resta a conclusão de que o autor tem outras fontes de renda, que não ficaram esclarecidas nos autos, para que possa ser avaliada a questão da impossibilidade do autor arcar com os custos dos medicamentos (...) Nenhuma prova foi feita de que o autor não tem condições de comprar o medicamento receitado. (...) Entendo incomprovados, portanto, os fatos narrados na inicial constitutivos do direito do autor (fls.107), afastar tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 944105/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008) (grifo nosso).

Nessa senda, é possível ficar caracterizada a hipossuficiência se o indivíduo possui cartão de usuário do SUS (se foi cadastrado para fruir desses serviços) e se estiver identificado o efetivo montante individualizado a ser dispendido por ele, inclusive com ajuda de fontes oficiais de preço. Uma vez mais, Andrea Lins explica:²³⁸

Cadastrado no seu município, o paciente se submeterá aos procedimentos administrativos e clínicos, assim como os demais usuários. Em geral, inicia-se o atendimento em um posto ou centro de saúde e, sendo necessário, o paciente pode ser encaminhado a algum hospital, quando se exigem medidas mais específicas e complexas. Daí por que aqueles que têm condições de socorrer-se do auxílio particular do profissional não se dirigem a uma unidade de saúde para efetuar o cadastro (...). Outra observação que merece ser

²³⁸ LINS, Andrea Carla Veras. A produção, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 111.

pontuada é a demonstração, por parte do paciente, dos valores efetivos que teria de desembolsar para obter o medicamento. Ou seja, se afirma que este lhe custará, mensalmente, “x”, há que comprovar esse custo. A menção a fontes oficiais de preço também poderá ser utilizada.

Muitos detratores podem argumentar que a imposição de demonstração da imprescindibilidade do medicamento/tratamento e do estado de hipossuficiência do demandante afronta o art. 196 da Constituição, que prevê a universalidade e a igualdade das ações e serviços de saúde. Esta visão placitaria o direito de cidadãos, independentemente de condição financeira ou de outros requisitos, buscarem gratuitamente prestações materiais na área da saúde.

Em realidade, referida leitura parece míope. Essas exigências devem ser tomadas como indicadoras da isonomia material, em que iguais são tratados como iguais e desiguais como desiguais, na medida de suas desigualações. A escassez de recursos, portanto, ordena uma percepção mais sistematizada e refinada do que a Constituição procura.

Dessa forma, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo asseveram:²³⁹

Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilada à noção mais corrente de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde, assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa. (...) Em síntese, tais circunstâncias revelam que o tema da gratuidade do acesso e da assistência à saúde – que não é necessariamente a regra do direito comparado – devem ser melhor investigados e avaliados, sobretudo para efeito de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e dos encargos, seja pela maximização do acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema público de saúde, seja pela melhor distribuição dos próprios recursos de saúde, como conseqüente incremento na qualidade da assistência prestada – o que reconduz aos objetivos fundamentais da República, previstos pelo art. 3º do texto constitucional. (...) A concepção de uma igualdade substancial (inclusive no que diz com a observância das diferenças) poderia, desde que assegurado o acesso universal a serviços de qualidade, levar à restrição da gratuidade (pelo menos para compreendê-la como uma tendencial gratuidade, consoante passou a estabelecer a Constituição Portuguesa após uma revisão quanto a este ponto) do acesso e das

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico - constitucional**: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 31-32.

prestações oferecidas no âmbito do SUS, como já verificado em algumas políticas públicas, assim como sustentado em parte da literatura especializada e na jurisprudência.

Noutro giro, temos o segundo lado do binômio apresentado pelo Ministro Celso de Mello, a saber, “a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivadas as prestações positivadas dele reclamadas”.

A reserva do possível não pode ser apresentada pelo Estado como escusa genérica, como lembrou o Ministro em trecho já transcrito, pelo descumprimento de seu papel constitucional da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A limitação financeira de recursos constitui claramente matéria de defesa a ser provada suficiente e objetivamente.²⁴⁰ Apesar disso, o Estado não pode ser compelido a produzir prova draconiana reveladora da total ausência de recursos para que sua alegação seja acolhida, consoante consigna o financeirista Régis Fernandes de Oliveira.²⁴¹

Ao Poder Judiciário, pois, cabe assegurar a plena execução dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. O único obstáculo será a explanação ampla e convincente da autoridade pública no sentido de demonstrar a impossibilidade material do cumprimento. É que, como já se ressaltou, os recursos são finitos e, pois, não há como atender a tudo e a todos de forma plena. Por consequência, deve haver por parte do Estado o atendimento a todos os direitos assegurados. A única escusa é a impossibilidade financeira, diante do caso concreto.

Indubitavelmente, é ônus do Estado, demonstrar, clara e concretamente, a carência de recursos para realizar determinada pretensão, bem como a não ocorrência de desperdício dos recursos existentes e da produtividade de seus gastos.²⁴²

Uma boa forma de o Supremo Tribunal Federal apurar a real escassez de recursos públicos e a efetividade global da distribuição dos investimentos públicos é o controle de constitucionalidade abstrato de leis orçamentárias.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 413.

²⁴¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 292.

²⁴² “Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, § 1º, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Neste mesmo sentido, como bem averba Gerardo Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 357.

Leis orçamentárias são costumeiramente entendidas como de efeito concreto. Inicialmente, o STF não admitia o controle de constitucionalidade desse tipo de ato normativo via Ação Direta de Inconstitucionalidade por falta de generalidade e abstração.²⁴³ Entretanto, mais recentemente, a Corte mudou de posição para aceitar esta possibilidade.²⁴⁴

O controle por ADI de leis orçamentárias permite uma análise mais globalizada das alocações financeiras feitas pelos Poderes representativos dos entes federados.²⁴⁵ Nesta via, as escolhas são perquiridas em tese, o que dificulta o risco de injustiças em casos isolados. Funcionaria a Suprema Corte como controladora de políticas públicas de saúde, conforme delimita Virgílio Afonso da Silva:²⁴⁶

Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos – ou seja, como controlador da execução de políticas públicas já existentes –, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência dos direitos sociais.

Nessa perspectiva, por exemplo, a Emenda Constitucional 29/2000 alterou o texto constitucional para preconizar, em seu art. 198, § 2º,²⁴⁷ que União, Estados, DF e Municípios necessariamente devem empregar percentuais mínimos de recursos nas

²⁴³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodvim, 2018, 1573.

²⁴⁴ Especificamente sobre as leis orçamentárias: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5449 MC-Referendo/RR**. Relator Ministro Teori Zavascki, Plenário, julgado em 10/3/2016.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 34.

²⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 598.

²⁴⁷ O art. 198, § 2º, I, da CF preconiza: § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

ações e serviços públicos de saúde, o que é perfeitamente controlável, na forma descrita, preferencialmente pelo STF, no contexto de seu papel de guardião da Lei Maior.

Depois de um logo lapso temporal, a Lei Complementar 141/2012 regulamentou a EC n. 29/2000. Entre outras diretrizes, estruturou, em seus arts. 5º a 11, o piso mínimo de investimentos nas ações e serviços de saúde.²⁴⁸ Em 2015, houve modificação do método de cálculo do mínimo com ações e serviços públicos de saúde da União, por meio da Emenda Constitucional n. 86, vinculando-se a aplicação mínima a um percentual da receita corrente líquida (RCL), de forma escalonada, sendo 13,2% da RCL em 2016; 13,7% em 2017; 14, 2% em 2018; 14,7% em 2019; e 15% em 2020.²⁴⁹

Eventual descumprimento dessa disciplina, a título ilustrativo, pode ser questionado no STF, por meio do indigitado mecanismo.

²⁴⁸ Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

(...)

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

(...)

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

(...)

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

(...)

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa.

Art. 11. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

²⁴⁹ BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa. Impactos orçamentários da judicialização as políticas públicas de saúde. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 30.

De todo o exposto, não restam dúvidas de que a teoria da reserva do possível deve servir de base ponderativa e não como obstáculo intransponível ao preenchimento do direito à saúde, em geral, e à concessão de medidas judiciais que estabeleçam ao poder público a obrigação de fornecer fármacos ou tratamentos de saúde, em especial.

Não se olvide que a finitude de reservas financeiras existe, isto é, o Estado trabalha com uma quantidade escassa de recursos para dar conta de todas as funções que constitucionalmente lhe são cometidas. Sendo assim, a restrição em tela deve ser levada a sério para que os próprios direitos fundamentais também o sejam.²⁵⁰

4.3 Falta de *expertise* do Judiciário e a responsabilidade solidária dos entes federados

Um grande obstáculo sempre imputado ao Judiciário em sua atuação na concretização do direito à saúde é sua falta de capacidade técnica, ou seja, a carência de conhecimento técnicos por parte de seus integrantes acerca dos elementos que circundam as lides nessa seara.²⁵¹

A despeito dos concursos para investidura na magistratura exigirem cada vez mais a interdisciplinariedade de saberes,²⁵² os juízes não estão, a princípio, completamente preparados para julgar demandas com grande complexidade técnica tampouco têm à disposição estrutura necessária para tanto, como no caso de várias que envolvem a implementação de medicamentos e tratamentos.

²⁵⁰ “Hard budget constraints imply that some potential victims of child abuse will become actual victims of child abuse, and state Will have done little or nothing about it. This is deplorable, but in an imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously”. In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co., 1999, p. 94.

²⁵¹ “Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para a avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos”. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 420. Marcos Maselli Gouvêa igualmente externa: “um viés de crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades técnicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”. GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento de medicamentos. **Revista Forense**, v. 99, n. 370, nov./dez. 2003, p. 114.

²⁵² A Resolução n. 75/2009 do CNJ estatuiu que os concursos, além das disciplinas jurídicas tradicionais, deverão abordar obrigatoriamente as seguintes matérias: Sociologia do Direito, Psicologia Jurídica, Ética da Magistratura Nacional, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política.

Com sagacidade, Canotilho vem denominando este aspecto de “fuzzismo” ou “metodologia fuzzy”:²⁵³

(...) paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzismo” ou “metodologia fuzzy” (...). Em toda a sua radicalidade a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.

É bem verdade que o Judiciário e as partes podem se servir de perícias médicas (oficiais e particulares), assistentes técnicos e de outros profissionais da saúde, que funcionem como auxiliares do juízo, como mecanismos de prova²⁵⁴ capazes de colaborar na resolução do caso concreto,²⁵⁵ embora estes elementos não tenham conteúdo vinculante para o julgador.²⁵⁶ Portanto, os profissionais da área de saúde, bem como outras instituições imparciais, com reconhecidos serviços prestados para o desenvolvimento acadêmico e científico neste campo, são comumente instados a se manifestar sobre aspectos técnicos da temática em julgamento.

Na verdade, esta providência é altamente recomendável como instrumento que colabora com a integração da lacuna de domínio científico dos magistrados, os quais, por sua vez, a despeito de não estarem estritamente jungidos a laudos técnicos em sua apreciação, devem ter especial cuidado e respeito na valoração dessas ferramentas.²⁵⁷

Portanto, os peritos médicos, especialmente os estatais, devem sempre vir à baila, quando possível e necessário, a fim de colaborarem no livre convencimento

²⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 100.

²⁵⁴ Regulado pelo art. 464 e ss. do CPC/2015.

²⁵⁵ “Existem casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe. Nestes casos, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, auxiliar da justiça (normalmente em caráter eventual) que, dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 428.

²⁵⁶ CPC, art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

²⁵⁷ O Enunciado n. 33 das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ expressa: “Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria e aos Advogados e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação”.

motivado judicial para o deslinde desse tipo de causa, com atuação incisiva, precisa e relevante.²⁵⁸

Não se quer dizer com isso que o déficit informacional do magistrado vai ser plenamente suprido pela participação dos peritos judiciais, até porque ela se adstringe a uma demanda específica e sua avaliação não se confunde com a dos técnicos e gestores públicos elaboradores das políticas públicas de saúde.²⁵⁹

Entretanto, seguramente um maior grau de cientificidade resultará em decisões judiciais melhor articuladas e mais benéficas para a sociedade.

A ausência de *expertise* dos julgadores acaba mitigada quando são municiados com subsídios técnicos, o que contribui para o melhor atingimento de sua função constitucional realizadora de direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma melhor prestação jurisdicional.

Nessa linha, a Medicina, já há algum tempo, tem se preocupado com a produção de métodos científicos mais antenados com a eficácia empírica de seus resultados. É a chamada Medicina Baseada em Evidências (MBE).

A MBE nasceu em 1990, por intermédio de um movimento canadense que defendia uma maior tecnicidade das decisões médicas, ou seja, surgiu para promover estudos científicos e ações médicas inibitórias da utilização de medicamentos e tratamentos pouco efetivos, muitas vezes meramente experimentais.²⁶⁰

²⁵⁸ “(...) no âmbito de um processo judicial, o perito médico estatal deve ser incisivo, dizendo se há doença e se o que é prescrito é o adequado ou não, além de ter de esclarecer se não há como substituir tal tratamento ou remédio por algo já fornecido pelo Poder Público ou de menor custo, mas com o mesmo benefício”. BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa. Impactos orçamentários da judicialização as políticas públicas de saúde. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 43.

²⁵⁹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113.

²⁶⁰ “um dos grandes benefícios que a MBE trouxe para a sociedade foi a noção de que a validade de uma informação em saúde está mais ligada ao método usado no estudo do que a quem gerou a informação”. CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

Não demorou muito para se perceber que a MBE poderia invadir a área jurídica como instrumento norteador útil para a melhoria de decisões judiciais que tratam de direito à saúde.²⁶¹ Como lembram Otávio Clark e Denizar Vianna,²⁶²

A MBE parte de um processo estruturado para identificação de informações de alta qualidade que possam ser utilizadas na prática médica. Obviamente, tal processo pode ajudar muito as decisões judiciais relacionadas à medicina.

Com efeito, a MBE municia a atuação jurisdicional com subsídios técnicos, como a perquirição de elementos, com estudos sistematizados, que mostram os benefícios ou a ineficácia de determinada providência para cada paciente;²⁶³ a comparação entre linhas de medicamento/tratamento eleitas pelo Estado, outras alternativas e aquilo que é pretendido pelo querelante; custos das medidas pleiteadas;²⁶⁴ consequências práticas, obstáculos reais do gestor e exigências das políticas públicas,²⁶⁵ entre outros.

Na histórica Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, talvez a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal organizadora de parâmetros estruturados para atuação judicial em casos de pedidos de medicamentos e tratamentos, seu Relator, Ministro Gilmar Mendes, não deixou escapar as vantagens da MBE:²⁶⁶

²⁶¹ O Enunciado n. 59 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça prenuncia: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências – MBE”.

²⁶² CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

²⁶³ “A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde- SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e a descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências”. Enunciado n. 12 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

²⁶⁴ Outro fator que pode ajudar neste ponto é a valorização de uma disciplina acadêmica chamada Economia da Saúde, que investiga, entre outras coisas, a qualidade mínima desejável dos fármacos e tratamentos e o acesso embasado a eles com a mínima restrição e seu máximo custo suportável pela sociedade. No tópico: FERRAZ, Maria Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131.

²⁶⁵ “A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB)”. Enunciado n. 76 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE de 24.03.2010.

(...) o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

A própria Lei do SUS, com redação dada pela Lei n. 12.401/2011, em seu art. 19-Q, abraçou a concepção ao prever:

A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Ainda buscando minorar o déficit informacional diante da complexidade que envolve as demandas da saúde, o Judiciário tem se aproximado de outros órgãos do Estado e da sociedade civil, com vistas a auxiliá-lo no equacionamento de contendas afetas ao setor.

Exemplo significativo disso defluiu da convocação, pelo Supremo Tribunal Federal, representado pelo seu Presidente à época, Ministro Gilmar Mendes, de uma audiência pública para discussão da judicialização da saúde, a partir da mencionada STA n. 175.

O marcante conclave ocorreu entre os dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009, contando com a presença de gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia-Geral da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e membros de entidades e organismos da sociedade civil. Assim, o STF acatou forte reclame do constitucionalismo contemporâneo no sentido de que variados atores e instituições, oriundos do serviço público, da academia e do setor privado ganhem poder de voz na construção da jurisdição constitucional.

Por isso, inescapáveis as palavras do maior defensor deste movimento, o doutrinador alemão alemão Peter Habermas:²⁶⁷

(...) a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente

²⁶⁷ HABERLE, Peter. **Heremênutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 36.

“competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de refinadas práticas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.

Segundo Hórtis Aparecido de Souza, José Sebastião dos Santos e Julieta Ueta, algumas soluções para a melhoria do problema puderam ser extraídas da audiência: a) a incorporação de novas tecnologias e a adoção de protocolos clínicos; b) a formatação de um eficiente planejamento orçamentário e uma cuidadosa política de aquisição de insumos; c) delineamento da repartição de competências entre os entes federados; d) diálogos entre o Executivo e o Judiciário frequentes e civilizados em prol da melhor acomodação das pretensões individuais e das dificuldades operacionais delas decorrentes.²⁶⁸

Outrossim, cresce a cada ano o número de encontros promovidos pela academia, magistratura, MP, entre outros órgãos, a respeito da judicialização da saúde.

O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, aportou sua contribuição ao criar o Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde, com a edição da Resolução n. 107/2010. Segundo o órgão, este espaço nasceu para

identificar e discutir os processos em tramitação no Judiciário brasileiro que envolvam questões relacionadas ao setor de saúde, como acesso a medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), vagas para internação em hospitais ou problemas com planos e seguradoras, entre outros. A partir deste trabalho, passará a ser possível a adoção de novas consultas públicas que contribuam para a resolução destas demandas.²⁶⁹

No ponto, destaca-se o I Encontro do Fórum Nacional de Saúde, realizado pelo órgão, ocorrido nos dias 18 e 19 de novembro de 2011, quando se discutiram inúmeras questões atreladas ao direito à saúde. Desde então, já tiveram lugar 3 Jornadas de Direito da Saúde, que resultaram na formulação de 103 enunciados orientadores da atuação jurisdicional na matéria.

²⁶⁸ SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 161-171.

²⁶⁹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18600:justica-discutira-demandas-de-saude-em-ms>. Acesso em: 6 nov. 2019.

Outra questão que tem recorrentemente testado as fronteiras da validade da judicialização da saúde é o tipo de responsabilidade dos entes federados na satisfação de provimentos judispcionais condenatórios da obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos, isto é, a legitimidade passiva²⁷⁰ em contendas judiciais.

A análise do item tem como pressuposto uma prévia abordagem do panorama de competências legislativas e administrativas constitucional e administrativamente erigidas na área de saúde, mormente quanto à distribuição de medicamentos e tratamentos.

Como dito em capítulo anterior, a Constituição Federal estabelece competência concorrente legislativa entre todos os entes da federação quanto à proteção e à defesa da saúde (arts. 24, XII, c/c art. 30, II). Nesse diapasão, cabe à União editar normas gerais (art. 24, § 1º), que serão suplementadas pelos Estados, DF (art. 24, § 2º) e ao Municípios, no que couber, quando houver interesse local (art. 30, I e II). Quanto à competência administrativa ou material, consignou uma comunhão de responsabilidades entre todos os entes para formular e executar políticas de saúde (art. 23, II), de acordo com a predominância dos interesses de cada qual.

O Congresso Nacional, em setembro de 1990, aprovou a Lei n. 8.080, chamada de Lei Orgânica da Saúde, instrumentalizando o Sistema Único de Saúde (SUS) e regulamentando sua forma de organização e de funcionamento.²⁷¹

A Lei do SUS atribuiu aos os Municípios e ao DF, sem prejuízo da competência da União e dos Estados, as funções de planejamento, organização, controle, gerência e execução dos serviços públicos de saúde, conforme se depreende do art. 18, I e II, da Lei Orgânica da Saúde. Os Estados e a União foram cometidos da missão de executar políticas sanitárias complementares às lacunas deixadas pelas municipalidades (art. 7º, IX).

²⁷⁰ “A legitimidade é a pertinência subjetiva do direito de agir, na feliz e consagrada expressão de Alfredo Buzaid. Ou seja, as pessoas são legitimadas pela lei para pleitearem em juízo aquilo que lhes é devido”. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 262.

²⁷¹ “A Lei n. 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 16.

O financiamento do SUS, no entanto, tem participação de todos os entes federados, o que indica por certo “que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente”.²⁷² Isso fica bastante claro quando os arts. 16, XIII, e 17 da lei mencionada responsabilizam a direção nacional do SUS por “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao DF e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, e a direção estadual Saúde a “prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios”.

Para a distribuição de medicamentos, a repartição de competências está prevista em vários atos administrativos, valendo destacar a Portaria n. 3.916/1998, do Ministério da Saúde, que firma a Política Nacional de Medicamentos.

Essa sistemática faz com que todos os níveis da Federação tenham que providenciar lista de fármacos a serem proporcionados à população. Nessa linha, compete à gestão federal a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME),²⁷³ além da colaboração aos gestores estaduais e municipais. Aos administradores municipais e distritais cabe formular a relação municipal de medicamentos essenciais, observando a RENAME, com a inclusão de tratamentos mais simples e menos dispendiosos, além de executar a assistência farmacêutica.

Dessa maneira, os Municípios e o DF devem listar e conceder medicamentos destinados à atenção básica de saúde. A União,²⁷⁴ os Estados e também o DF, cumulativamente, tem o dever de providenciar fármacos de natureza excepcional, destinados ao tratamento de patologias específicas, que incidem em grupo determinado

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 17.

²⁷³ “A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças e agravos no âmbito do SUS e, como regra, delimita a obrigação dos Estados e dos Municípios no que diz respeito à aquisição, distribuição e dispensação de medicamentos (...)”. MOLITERNO, Marcella Parpinelli. Da imprescindível análise fática nas demandas de saúde: impropriedade da utilização irrestrita do mandado de segurança. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 201.

²⁷⁴ A Portaria n. 3.047, de 2019, exarada pelo Ministério da Saúde, já até mesmo estabeleceu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2020, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2018. Disponível em <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019-230549540>. Acesso em: 15 nov. 2019.

de indivíduos, com maior custo financeiro, tais como insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, neoplasia maligna, etc.²⁷⁵

Estabelecidas essas premissas, é preciso dizer que, embora referidas listagens possuam caráter vinculativo para o Poder Público, gerando direito subjetivo ao recebimento dos medicamentos nelas inseridos, e tenham o condão de fixar um quadro esquemático de responsabilização de cada ente com base em critérios específicos, a verdade é que o Judiciário dá tratamento particular ao tema da legitimidade passiva nas controvérsias de saúde.

A jurisprudência massiva do STF e do STJ tradicionalmente assinala a responsabilidade solidária²⁷⁶ dos entes federativos em processos em que são pleiteados medicamentos e/ou tratamentos, o que autoriza a integração de todos eles no polo passivo dos processos. A título exemplificativo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010).

O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010) (grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. **Incumbe ao Estado**

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 19.

²⁷⁶ “Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito a dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva)”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. II. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 660.

(gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios". (RE 195192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000) (grifos nossos).

Essa interpretação realmente empodera os jurisdicionados, pois lhes outorga maiores garantias quanto à exequibilidade de seus pedidos. O descumprimento prático de uma condenação ao dever de uma prestação por um dos entes políticos atrai a chance de os outros serem acionados, porquanto, "quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos".²⁷⁷

Parcela da doutrina enxerga inconvenientes nesse raciocínio. Luís Roberto Barroso, ancorado na sistemática mencionada das listas elaboradas por cada ente, adverte:²⁷⁸

Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Um mínimo de homenagem às regras de repartição administrativa deve ser prestado pelo Judiciário, sob pena de desmantelamento de qualquer planejamento estrutural que o Poder Público possa engendrar, máxime no caso de provimentos de urgência.

O STF demonstrou alguma sensibilidade nesse aspecto. Em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, confeccionou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE de 24.03.2010.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 35.

cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.²⁷⁹

Assim, a despeito da responsabilidade ser solidária (do doente poder ingressar com ação judicial contra qualquer ente), o magistrado está autorizado a pertinememente direcionar, de acordo com as regras de competência mencionadas, o cumprimento da prestação e determinar o ressarcimento a quem arcou com o ônus financeiro da decisão.²⁸⁰

Parece estar em consonância com esse olhar a tese de que eventual compensação financeira deve ocorrer nos próprios autos que deram causa à obrigação, como forma de prestigiar o ressarcimento de ente que, mesmo não sendo a princípio competente para tal, é instado a adimplir determinada ordem judicial.²⁸¹

Ainda no ponto, o STF atribuiu certa nota distintiva a uma espécie de caso. Igualmente no corpo de recurso extraordinário, estabeleceu esta tese com repercussão geral: “As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro da Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.²⁸²

Como a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal, a competência para apreciar a causa será da Justiça Federal,²⁸³ ante o comando contido no art. 109, I, da CF.²⁸⁴ O Supremo não quis, com isso, obrigar o cidadão a manejar ação

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 855178**. Relator Ministro Luiz Fux, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 23.05.2019.

²⁸⁰ O posicionamento está de acordo com as Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que defenderam, nos enunciados n. 8 e 60, respectivamente: “Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados”; “A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”.

²⁸¹ “(...) caso determine-se o fornecimento dos medicamentos pelo Estado, é necessário e plenamente viável que a compensação financeira ocorra nos próprios autos judiciais que deram causa à obrigação, sob pena de frustrar-se o acerto de contas, prejudicando-se o Erário Estadual, dado o desdém que a União vem empregando nestes casos”. CASTELO, Fernando Alcântara. **A necessidade de estabelecer a responsabilidade da União das ações que buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos**. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 657718**. Relator Ministro Marco Aurélio, red. p/o ac. Ministro Roberto Barroso, Plenário, julgado em 22.05.2019. Este julgado será melhor analisado no próximo tópico.

²⁸³ O Enunciado n. 78 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ até estende o alcance do entendimento: “Compete à Justiça Federal julgar demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde”.

²⁸⁴ “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

apenas contra a União. Na hipótese, apenas disse que a União, obrigatoriamente, deve constar no polo passivo da demanda, mas não exclusivamente.

Inquestionavelmente, as novas balizas apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal conciliam o dever constitucional de realização do direito social à saúde e a obediência de regras materiais de competência que melhor organizam a distribuição de medicamentos entre os entes federativos, com melhoria evidente da prestação jurisdicional no setor.

4.4 Litigância individual x coletivização da judicialização

A doutrina prevalecente aponta que a judicialização pela concretização dos direitos sociais visa atender indivíduos mais economicamente vulneráveis por meio de um movimento contramajoritário das cortes. David Landau, por exemplo, externa que “a maior parte da doutrina sobre direitos sociais, seja a favor ou contra sua judicialização, pressupõe que esta é uma atuação contramajoritária das cortes e que os beneficiários são os grupos marginalizados”.²⁸⁵

No entanto, pesquisas mais recentes demonstram que a judicialização dos direitos sociais, ao contrário, tem indicado melhores resultados aos interesses dos integrantes de classes mais bem posicionadas aquisitivamente. O mesmo Landau assevera que “a maior parte da concretização dos direitos sociais por via jurisdicional não se volta para a proteção dos mais pobres, e sim para grupos economicamente favorecidos”.²⁸⁶

Uma das razões para a configuração do cenário tem sido o fato de os tribunais decidirem ações de direitos sociais em uma perspectiva individualizada.²⁸⁷

Assim é porque os magistrados, receosos de se imiscuirem na estrutura sistêmica dos demais Poderes, acabam optando por concretizar os direitos fundamentais de uma maneira mais conservadora, sem atentarem, todavia, para o fato de que ações individuais têm mais chances de desequilibrar a Administração Pública e de beneficiar as classes

²⁸⁵ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, p. 189-247, 2012, p. 200.

²⁸⁶ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, p. 189-247, 2012, p. 191.

²⁸⁷ FERRAZ, Otávio L. Motta. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (org.). *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 87.

mais favorecidas,²⁸⁸ que conhecem melhor seus próprios direitos e possuem acesso mais qualificado à Justiça, gerando subversão à teologia da Constituição.

Conforme frisa Sarmiento, a litigância pelos direitos sociais termina por se transfigurarum “Robin Hood às avessas”, uma vez que cidadãos mais abastados conseguem ser beneficiários de prestações individuais à custa de recursos públicos.²⁸⁹

Apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média (...) Nesse contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acar funcionar como um *Robin Hood* às avessas, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiram os mais pobres para transferi-los para a classe média.

Noutro giro, costuma-se diferenciar as balizas impostas às ações individuais daquelas estabelecidas no campo das ações coletivas, em relação ao ramo ora estudado.

Os efeitos da jurisdição individualizada no Brasil têm sido desapontadores, pois o panorama geral demonstra irracionalidade no desenvolvimento da administração e quadros caóticos em todos os níveis federativos.²⁹⁰ A verdade é que “o Brasil, de fato, está experimentando uma realocação de fundos destinados aos programas de saúde para cobrir os custos da judicialização”.²⁹¹

Em virtude disso, setores da comunidade têm indicado o caminho da tutela coletiva como um plano de discussão mais vantajoso para demandas de direito social e à saúde, em geral, e de concessão de medicamentos e tratamentos, em especial.

Ora, enquanto nas ações individuais o direito controvertido versa uma relação subjetivo-individual, as lides coletivas alcançam efeitos mais abrangentes, que transcendem uma esfera isolada diminuta e pertencem a toda coletividade,²⁹² com o

²⁸⁸ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios estruturais**: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 211-212.

²⁹⁰ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios estruturais**: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

²⁹¹ FERRAZ, Otávio L. Motta. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (org.). **Litigating health rights**: can courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 99.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. II, p. 737.

escopo de proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, de acordo com conceituação objetivada pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁹³

Em sede doutrinária, Luís Roberto Barroso propõe que, “no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos”.²⁹⁴ A justificativa vem da percepção de que tais listagens são formuladas pelos entes com perquirição mais acentuada das “necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir de uma visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos”.²⁹⁵

O argumento tem validade jurídica. Compulsando a questão sob um prisma democrático, tem-se que o SUS é custeado pelo contribuinte, isto é, com dinheiro do povo, o que enseja a inarredável conclusão de que é ele, diretamente ou por intermédio dos Poderes representativos, que deve precipuamente eleger a correspondente política de alocação de recursos, conforme seus anseios e prioridades. Daí que:²⁹⁶

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tornar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

Pela linha acadêmica desenvolvida por Luís Roberto Barroso, nas demandas judiciais individualizadas a atuação judicial se resumiria ao espaço das omissões legislativas²⁹⁷ e administrativas (na implementação dos medicamentos e tratamentos

²⁹³ Os direitos difusos são entendidos, pelo art. 81, I, como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os coletivos, pelo art. 81, II, como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. E os individuais homogêneos, pelo art. 81, III, como “os decorrentes de origem comum”.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 29.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 29.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 29-30.

²⁹⁷ “a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta

previstos em atos normativos) ou, no máximo, ao caso de descumprimento total ou parcial dos comandos normativos que disciplinam a matéria. Em suma, cumpriria seu papel clássico de controlar a constitucionalidade ou legalidade de condutas administrativas e/ou legislativas, considerado o direito público subjetivo decorrente de política pública já reconhecida pelo próprio Estado.

Com efeito, quando existe política pública já desenvolvida pelo Poder Público consistente na distribuição de uma tabela de medicamentos a serem por ele distribuído, este rol deve ser preferencialmente seguido, e o Judiciário, nesse caso, terá seu trabalho circunscrito à verificação do cumprimento dessa diretriz.²⁹⁸

Ao contrário da visão doutrinária de Luís Roberto Barroso, pensamos que vincular as ambições dos indivíduos estritamente às listas e previsões oficiais do SUS pode ser algo demasiadamente restritivista e abstrato, tendo em vista que a vida em sociedade pode reservar situações nem sempre passíveis de comportar encaixes pré-determinados e sobre as quais o Judiciário não poderá se eximir de intervir.

As políticas públicas do SUS devem preponderantemente ser obedecidas pelos julgadores na tutela individual, mas não sempre, pois o caso concreto pode demandar postura judicial mais afirmativa. Isso acontece principalmente quando provas e uma argumentação jurídica mais bem articulada demonstrem que a política pública de saúde esteja defasada, seja ineficaz ou imprópria.²⁹⁹ Concluímos com o Ministro Gilmar Mendes que: (...) em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em

definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de ação (...)" CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1100.

²⁹⁸ Nesta hipótese, o cumprimento das decisões acaba facilitado: "Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – (PCDT), o Poder Judiciário determinará a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema único de Saúde – SUS, para o fim de acompanhamento e controle clínico". Enunciado n. 11 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

²⁹⁹ "A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde- SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e a descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências". Enunciado n. 12 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política pública existente”.³⁰⁰

Também com ele é possível dizer que Protocolos Clínicos e Diretrizes do SUS merecem grande deferência, mas não são imunes à contestação judicial ou à revisão administrativa, especialmente se consideradas as peculiaridades do organismo de cada pessoa.³⁰¹

(...) Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

O Ministro, nesse espírito, ainda diferencia três hipóteses: “Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

Na primeira situação, o Judiciário poderá intervir em qualquer de seus planos de atuação, individual ou coletiva, consoante já exposto, com o fito de dar concretude aos ditames constitucionais. De outro lado, a terceira hipótese reflete circunstância impossível de ser judicialmente atendida, visto que não é dado a um Poder ordenar comando infenso à ordem jurídica.

A decisão da Administração de não fornecer a prestação entra em um dos terrenos mais complexos nesta seara, qual seja, o caso dos medicamentos experimentais e os não registrados na ANVISA.

Os medicamentos experimentais são aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE de 24.03.2010.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE de 24.03.2010.

Nesse diapasão, na STA n. 175, o Ministro Gilmar Mendes diferenciou tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo SUS.

Os primeiros são aqueles realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos é regida pelas normas que regulam a pesquisa médica, e o Estado, na visão do Ministro, não poderia ser condenado a fornecê-los.³⁰²

No que tange aos novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS, Sua Excelência defendeu que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. Explica sua tese da seguinte forma:³⁰³

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

Depois disso, é bem certo que a Lei 12.401/2011 passou a vedar o fornecimento de medicamentos experimentais no âmbito do SUS.³⁰⁴

Aliás, um dos casos mais simbólicos de medicamentos experimentais é a foesfoetanolamina sintética (a chamada “pílula do câncer”).³⁰⁵ Após idas e vindas, a

³⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 641.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE de 24.03.2010.

³⁰⁴ A Lei incluiu o art. 19-T, I, na Lei do SUS, que preceitua: “Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;”.

³⁰⁵ “Tratava-se de uma substância ainda na fase de testes que ganhou notoriedade após diversos pacientes em tratamento de câncer relatarem melhoras significativas na qualidade de vida com o uso dela. Mesmo

Presidente Dilma Rouseff sancionou a Lei n. 13. 269/2016, que autorizava a distribuição da pílula. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), para suspender, com eficácia *ex nunc*, a mencionada lei. O Ministro Relator frisou o seguinte:³⁰⁶

É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede extraordinária e com repercussão geral, considerou como terminantemente proibido o Judiciário obrigar a fornecer medicamentos experimentais, tendo em vista que a concessão da substância pode significar riscos graves, diretos e imediatos à saúde dos pacientes, pois, ao fim dos testes, pode-se chegar até mesmo ao resultado de que a droga é tóxica e/ou produz graves efeitos colaterais e/ou que o tratamento com ela é ineficaz, acarretando o declínio do quadro clínico do paciente e a possível diminuição das possibilidades de cura e melhoria da doença.³⁰⁷

Não quis com isso, na linha do que sustentara anteriormente o Ministro Gilmar, inviabilizar a continuidade do fornecimento desses medicamentos em programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso passivo, respeitada a legislação regente.

Um pouco diferente é a situação dos medicamentos com eficácia e segurança comprovadas, mas sem registro da ANVISA. São aqueles que já ultrapassaram todas as etapas de testes, tendo sido comprovadas a sua eficácia e segurança, mas que não foram certificados pela unidade burocrática competente.

Impende destacar que a ANVISA é uma autarquia sob regime especial, que está vinculada ao Ministério da Saúde, e foi criada pela Lei n. 9.782/1999 com o escopo de promover a proteção da saúde da população, exercendo a função de vigilância sanitária

sem aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a pílula era distribuída gratuitamente pelo Instituto de Química da Universidade de São Paulo de São Carlos (SP), ligado à USP". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-16/processo-envolvendo-autor-pilula-cancer-volta-andar>. Acesso em: 17 nov. 2019.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501**. Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, publicado no DJE de 01.08.2019.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário n. 657718**. Relator Ministro Marco Aurélio, red. p/o ac. Ministro Roberto Barroso, julgado em 22.05.2019.

dos medicamentos.³⁰⁸ A comercialização de fármacos no Brasil depende da aprovação e do registro dessa entidade administrativa.³⁰⁹

No particular, como já aludido, o Superior Tribunal de Justiça apreciou importante julgado repetitivo a respeito do assunto.³¹⁰ Compreendeu que a concessão judicial de medicamentos em atos normativos não incorporados no SUS demanda a configuração cumulativa dos seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos medicamentos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, observados os usos autorizados pela agência.

Como os contornos dos dois primeiros requisitos já foram enfrentados neste estudo, chama atenção, neste instante, o terceiro pressuposto. Na oportunidade, a Corte da Cidadania fechou portas para qualquer medida judicial que condene o Estado a pagar remédio alheio às listagens do SUS e não registrado pela ANVISA.³¹¹

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, um pouco depois, perfilhou orientação parcialmente diversa.³¹²

Também considerou que, em regra, o Poder Público não pode ser compelido a entregar medicamentos não registrados pela ANVISA, mesmo que com eficácia e segurança comprovadas. É que o alto grau de complexidade e preparação técnica inerente à tomada de decisão sobre o registro de um medicamento recomenda uma especial deferência às diretrizes do órgão técnico responsável. Na mesma medida, a

³⁰⁸ Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

³⁰⁹ Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1657156/RJ**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018.

³¹¹ Baseou-se na proibição preconizada na Lei n. 8.080/1990, com redação dada pela Lei n. 12. 401/2011, que em seu art. 19-T, II, assenta:

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

(...)

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

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário n. 657718**. Relator Min. Marco Aurélio, red. p/o ac. Ministro Roberto Barroso, julgado em 22.05.2019

revisão jurisdicional, neste diapasão, deve surgir com menos intensidade para que o Judiciário não tente se sobrepor à atuação da entidade competente em detrimento do direito à saúde. Portanto, o registro do fármaco na ANVISA costuma ser apontado como uma barreira à participação judicial na matéria.

Entretanto, o STF excepcionou a regra no caso de mora desarrazoada da ANVISA na apreciação do pedido³¹³ e desde que obedecidos os seguintes requisitos: a) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;³¹⁴ b) existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;³¹⁵ e c) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.³¹⁶

Ainda calha gizar que, muitas vezes, o cerne das celeumas enfrentadas nos processos judiciais no campo da saúde diz respeito à instrução processual. Na verdade, ela precisa permitir ampla produção de provas para potencializar a propriedade da intervenção judicial, com perquirição de todos os fatores determinantes para a causa,³¹⁷ o que eventualmente pode dificultar o deferimento de medidas de cunho precário.³¹⁸

³¹³ A Lei 13.411/2016 acrescentou o art. 17-A à Lei 6.630/1976, concedendo o norte necessário para aferição da mora do registro. O § 2º do dispositivo estabelece:

§ 2º Os prazos máximos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento serão, respectivamente:

I - para a categoria prioritária, de cento e vinte dias e de sessenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de priorização;

II - para a categoria ordinária, de trezentos e sessenta e cinco dias e de cento e oitenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de registro ou de alteração pós-registro.

³¹⁴ Portanto, via de regra, o fornecedor deve ter feito a solicitação formal à ANVISA. A ressalva fica por conta de medicamentos órfãos, isto é, aqueles capazes de diagnosticar e tratar doenças raras e ultrarraras (que afetam um diminuto número de pessoas em comparação com a população geral), em virtude do menor interesse comercial dos laboratórios em providenciar registro na ANVISA).

³¹⁵ O STF apontou que o fármaco não registrado pode até ser concedido, desde que certificado por alguma agência renomada, que faça regulação de remédios no exterior, tais como a *Food and Drug Administration (EUA)* ou a *European Medicine Agency* (União Européia). Ainda assim, deve haver pedido de registro na ANVISA e mora irrazoável por parte dela.

³¹⁶ Um pouco na linha do STJ, o terceiro requisito é que o remédio vindicado na Justiça deve ser imprescindível e necessário e não ser passível de substituição por outro já registrado no país.

³¹⁷ O Enunciado n. 32 das Jornadas de Direito da Saúde reza: “A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos, genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa”.

³¹⁸ “Em todo caso, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. Assim, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva com a dimensão objetiva do direito à saúde”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.

Da mesma forma, a necessidade de dilação probatória significa óbice à comprovação do direito líquido e certo típico do mandado de segurança.³¹⁹

Malgrado recomendável, nem sempre o manejo de instrumento da tutela coletiva será possível. O pedido de prestação material reivindicada pode circunstancialmente desatender os requisitos necessários para o manejo das ações coletivas coletiva (v.g., falta de homogeneidade ou indivisibilidade). Isso eventualmente representa a inevitabilidade de utilização de processo individual.³²⁰

De qualquer forma, na delimitada participação do Judiciário em tutela individual, seus membros devem ter acurada ótica do problema como um todo, a partir de uma lógica de proporcionalidade,³²¹ em sua tríplice dimensão: adequação, exigibilidade³²² e proporcionalidade em sentido estrito.³²³ Neste exercício, devem fazer

8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 642. Ainda no tópico, o Enunciado n. 51 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ expressa: “Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato”.

³¹⁹ “Trocando em minúcias, a adoção da via mandamental não se mostra adequada quando implica restrição ao direito de as partes pleitearem prova não admissível na via estrita do writ. Na discussão acerca do fornecimento de medicamento não padronizado, é fundamental que seja oportunizada a impugnação das conclusões contidas nos documentos apresentados pelo autor – prescrição, laudo médico e exames. Portanto, sempre que houver divergência a respeito do uso de medicamento não padronizado para o tratamento pretendido em juízo, o mandado de segurança deverá ser extinto por falta de liquidez e certeza do direito”. MOLITERNO, Marcella Parpinelli. Da imprescindível análise fática nas demandas de saúde: impropriedade da utilização irrestrita do mandado de segurança. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 205.

³²⁰ “há situações absolutamente singulares de determinados titulares de direito social, que não se enquadram no perfil da ação coletiva, pois esta, como se sabe, pressupõe a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado. Tais situações não podem ser ignoradas pelo Judiciário, e as demandas individuais são o meio adequado para trazê-las ao conhecimento dos tribunais”. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 426.

³²¹ Segundo Dieter Grimm, explicando o princípio sob a ótica da proibição do excesso e da proibição de proteção deficiente, diz que a proporcionalidade “se consolidou como uma técnica para decidir os casos que envolvam direitos fundamentais clássicos. Com exceção da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Grundgesetz [Lei Fundamental]), que é considerada uma fonte para todas as garantias que se seguem na Declaração de Direitos, a Corte Constitucional alemã reconhece uma hierarquia de direitos fundamentais. Na ausência de tal hierarquia é difícil imaginar outro meio de resolver conflitos entre direitos diferentes senão com recurso à proporcionalidade e à ponderação. Se isso é verdade, a proibição de ir longe demais (Übermassverbot) e a proibição de fazer muito pouco (Untermassverbot) são o mesmo mecanismo, visto de diferentes ângulos”. GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162.

³²² “Os subprincípios da adequação e da exibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 70-71.

³²³ “O ‘princípio da proporcionalidade’ em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja

um sopesamento,³²⁴ baseado no conteúdo probatório e na argumentação jurídica, a respeito dos marcos que definem as balizas acima apresentadas para que possam aferir se realmente se encontram presentes os indicadores autorizativos da excepcional suplantação dos critérios oficiais eleitos pelo SUS.

Em que pese a dificuldade do processo, a chave-mestra da atuação judicial mora na capacidade de avaliação de todos os aspectos apresentados, com o objetivo de equacionar as cizânias. Valores como coerência, segurança jurídica e isonomia devem nortear uma fina conciliação, diante da situação concreta, entre o bem jurídico a que se dará primazia e o núcleo essencial³²⁵ do interesse preterido na espécie. Por isso, guarda especial relevância a concordância prática, princípio da nova hermenêutica constitucional bem explicado por Konrad Hesse:³²⁶

(...) Em íntima relação com o anterior encontra-se o princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade. Onde ocorram colisões não se deve, através de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou, inclusive, de uma abstrata ‘ponderação de valores’ realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de ‘otimização’: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima. A fixação desses limites deve observar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade; não deve ir além do necessário para a concordância entre ambos os bens jurídicos (...).

Noutra perspectiva, sustenta-se que as pretensões dos cidadãos quanto a medicamentos e tratamentos, sobretudo quando não ancoradas nas políticas e listagens do SUS, verdadeiramente encontram melhor lugar no controle abstrato, conforme já abordado, ou no universo da tutela processual coletiva. Nesse diapasão, escudados nas

juridicamente a melhor possível”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

³²⁴ “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importânciada satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”. ALEXY, Robert. **Derechos sociales fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 167-168.

³²⁵ “De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 350.

³²⁶ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. *In*: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-114.

lições de Luís Roberto Barroso, podemos catalogar três razões que justificam a conclusão em tela.³²⁷

Em primeiro lugar, este terreno exige um olhar sobre o contexto geral das políticas públicas controvertidas e sua consequente análise, ou seja:

Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

A propósito, a via coletiva autoriza uma produção probatória mais significativa, especialmente porque nela o conceito de legitimidade ativa trabalha a noção de adequação, permitindo melhores elementos para a formação da convicção do juízo. A legitimação ativa geralmente trabalha com um plexo menor de postulantes, mas com finalidades institucionais mais consentâneas com a estruturação da judicialização da saúde,³²⁸ minorando o problema da isonomia na distribuição das prestações de saúde. Destacam-se como operadores essenciais desta sistemática, nesse caminho, o Ministério Público,³²⁹ a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e as associações que tenham como missão a defesa de interesses coletivos (*lato sensu*) correlatos ao direito à saúde.³³⁰

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 32-33.

³²⁸ “Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde”. Enunciado n. 81 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

³²⁹ Em nível de repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese: “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise ao fornecimento de remédios a portadores de certas doenças”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 605.533/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJE de 17.08.2018.

³³⁰ O instrumento processual que tem encontrado maior relevo é a ação civil pública. “Tem se destacado a ação civil pública, neste contexto, por se revelar, dentre todas (ação popular, mandado de segurança coletivo, etc), a de maior extensão. Com efeito, é a ação que maior número de legitimados possui (art. 5º, da Lei 7.347/85), a que autoriza a mais ampla porteção de direitos coletivos *latu sensu*, já que, a despeito da indevida restrição constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, fundamenta-se no princípio da não-taxatividade previsto constitucionalmente (art. 129, III), além de autorizar, à luz do princípio da máxima amplitude a tutelajurisdicional, a dedução de diferentes pedidos, que permitem a obtenção de qualquer tipo de tutela em juízo (art. 83, do CDC, c/c art. 21, LACP)”. PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 487.

Depois, a tutela coletiva inibe um pouco a acusação de que magistrados satisfazem uma realidade menor (microjustiça), ignorando elementos relevantes de um debate maior que leve em conta o gerenciamento de recursos limitados destinados às necessidades ligadas à saúde, em prejuízo das escolhas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça.³³¹ Dessa forma, Barroso assenta que “na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiça”.

Ademais, a decisão judicial terá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, nos moldes da legislação aplicável, fato esse que homenageia a isonomia e a universalização no atendimento das expectativas da população. Com isso, diz outra vez o professor da UERJ:³³²

(...) a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

³³¹ “Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial”. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na multicitada STA n. 175.

³³² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007, p. 33.

Enfim, as demandas de natureza coletiva permitem que o magistrado desempenhe uma análise sistêmica dos problemas da saúde. Por isso, as soluções coletivas devem prevalecer às soluções individuais, pois oferecem respostas mais eficazes e completas para problemas sociais intrincados.³³³ Não se quer dizer, com isso, que as ações coletivas devam substituir a litigância individual, e sim atuar em um processo de recíproca complementação e fortalecimento.³³⁴

³³³ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios estruturais**: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 21.

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 227.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho acadêmico, é possível compilar as principais ideias desenvolvidas por meio das proposições que se seguem:

1) O cuidado com a saúde pública no Brasil nasceu de forma tímida com a chegada da Coroa Portuguesa. Começou com o combate à peste e à lepra, especialmente nas ruas e nos portos, e teve alguns poucos avanços mais tarde, com um modelo “campanhista”, baseado na autoridade policial;

2) Desde a década de 1920 até o final do regime militar, a saúde pública quase sempre esteve atrelada ao regime de previdência social. A assistência médica curativa especializada era destinada aos trabalhadores urbanos integrantes do mercado formal de trabalho e o restante da população esteve, quase que exclusivamente, relegado a programas gerais sanitários ou à caridade pública;

3) Apenas com a redemocratização do país, o debate sobre a universalização do serviço público de saúde ganhou fôlego, sobretudo com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), pelo qual todos os brasileiros, independentemente de classe social ou filiação ao mercado formal de trabalho, tornaram-se merecedores de igual proteção normativa;

4) À exceção dos casos de 1824 e 1891, todas as Constituições brasileiras trouxeram previsões a respeito do direito à saúde. Porém, foi a Constituição de 1988 que o efetivamente consagrou e estruturou. Nela, por exemplo, foi enquadrado no rol de direitos fundamentais sociais (art. 6º), virou objeto da Seguridade Social (art. 194) e foi concebido como direito de todos e dever do Estado, mediante acesso universal e igualitário (art. 196). Destaca-se, ainda, a criação do Sistema único de Saúde (SUS), rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo e participação da comunidade, o qual deve propiciar atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198);

5) No plano internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais firmado na Assembleia-Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, em

vigor desde janeiro de 1976 e internalizado em julho de 1992 pelo Decreto 591, de 06/07/1992, no governo do Presidente Collor, representou importante marco para a concretização dos direitos sociais, inclusive com previsão do direito à saúde;

6) O direito constitucional à saúde foi regulamentado pela legislação infraconstitucional. Neste particular, vale mencionar a Lei n. 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. Entre outras coisas, esta Lei definiu e modelou o SUS, estabeleceu seus princípios e as competências de cada ente federativo na matéria;

7) O constitucionalismo é fruto dos movimentos revolucionários burgueses do final do século XVIII, como reação aos excessos do poder monárquico e das elites, baseado na ideia de supremacia da lei (Estado de Direito);

8) No começo, vingava o paradigma do Estado Liberal defensor do absentéismo estatal, dos direitos inatos do homem (liberdades negativas), a autonomia da vontade dos indivíduos e do livre mercado;

9) Na prática, a execução do Estado Liberal puro gerou intensa desigualdade na sociedade, redundando em uma explosão de insatisfações sociais. Daí nasceu o paradigma do Estado Social e o decorrente Constitucionalismo Social. O novo panorama cobrava uma atuação mais ativa do Estado na provisão dos direitos sociais básicos do homem, focado no restabelecimento da igualdade material;

10) O Estado Social não logrou cumprir completamente seu objetivo porque trouxe atrofia da liberdade individual (principalmente nos países de matriz soviética), aumento exorbitante da burocracia estatal, endividamento galopante e ineficiência dos serviços públicos prestados. Acabou corroído de vez com o fim da Guerra Fria;

11) Nos anos 1970 e 1980, sobretudo em razão da intensificação da globalização, a relação do público e do privado começou a ser rediscutida. Emergiu uma nova categoria de direitos, destinada a toda a humanidade e fulcrada no postulado da fraternidade;

12) Assim, nasceu o paradigma do Estado Democrático de Direito, que aproveitou e ressignificou os valores da liberdade e da igualdade. Além disso, está nuclearmente comprometido com a realização dos direitos fundamentais. Também prega a

complementariedade entre Direito e Democracia, direitos fundamentais e soberania popular;

13) O Estado mínimo liberal era regulado por normas gerais, abstratas e consagradoras das liberdades negativas. Ao Judiciário era reservada uma tarefa reduzida e mecanicista, consistente na estrita subsunção dos fatos à lei. Seu papel era meramente de “boca da lei”, de repetição fria da produção legislativa;

14) Os anseios que moveram o surgimento do Estado Social intensificaram os desafios do aparato público. A complexidade social aumentou e, com ela, a atuação judicial também. O mero papel de “boca da lei” não cabia mais para o Judiciário, que passou a observar métodos clássicos mais refinados de interpretação, como o sistemático e o teleológico;

15) Com o advento do Estado Democrático de Direito, a jurisdição passou a ser acompanhada de avaliação mais criteriosa, preocupada com o alto sentido de aceitabilidade moral. O ordenamento passou a gravitar em torno de princípios jurídicos, agora considerados como normas jurídicas vinculantes, o que gerou colisões normativas mais difíceis de serem dirimidas;

16) A interpretação constitucional ganhou a função de efetivar direitos fundamentais, em contexto de força normativa e vinculante da Constituição;

17) Embora a doutrina aponte algumas dificuldades à implementação dos direitos sociais, estes têm sempre pelo menos um mínimo de aplicabilidade, à luz principalmente do art. 5º, § 1º, da CF, a ser assegurado pelo Estado-Juiz, se preciso. Assim, a preocupação do Estado Democrático de Direito com a materialização dos direitos fundamentais, inclusive sociais, agregou o Judiciário como um ator indispensável nesta missão;

18) Em que pese Aristóteles e Locke terem teorizado o tema, foi com Montesquieu que o princípio da separação dos Poderes ganhou sua conotação moderna e melhor formatação. Com este marcante pensador francês, os Poderes do Estado se uniformizaram em Executivo, Legislativo e Judiciário. Como bom liberal, sua doutrina

depositava grande fé na atividade do parlamento e muita desconfiança no papel do Judiciário, cuja atividade estaria resumida à mera “boca da lei”;

19) No entanto, a separação de Poderes no Estado Democrático de Direito deve assumir nova feição, tendo em vista sua responsabilidade crucial de realizar direitos fundamentais. Nesse caso, ao Judiciário, de maneira complementar e residual, compete a correção de omissões e abusos dos demais Poderes, com vistas ao cumprimento dos fins constitucionalmente colimados, sem que isso seja avaliado como alguma inadequação ou extravagância.

20) O Estado Democrático de Direito não convive com a vulneração dos direitos fundamentais. Assim, a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional concede ao Judiciário a chance de exercer fiscalização sobre meios e fins de atos estatais e sobre a razoabilidade que os adorna, conformando uma nova fase, mais incisiva, do controle judicial de constitucionalidade/legalidade de condutas e atos normativos emanados do Poder Público;

21) O pós-segunda guerra na Europa e a redemocratização no Brasil trouxeram uma nova configuração do direito constitucional. Embora existam algumas divergências, este movimento vem sendo chamado de Neoconstitucionalismo;

22) O Neoconstitucionalismo se lastreia em uma linha de pensamento heterogênea, desenvolvida por uma série de doutrinadores. Embora não exista uma sistematização precisa de suas características, inúmeros juristas tentaram traçá-las, tais como Luís Roberto Barroso, Ana Paula Barcellos, Daniel Sarmento, Luis Pietro Sanchís e André Rufino do Vale. A título exemplificativo, este último elenca: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos Poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral;

23) O Pós-Positivismo Jurídico é considerado por Luís Roberto Barroso como o marco jusfilosófico do Neoconstitucionalismo. É tratado como uma definição provisória, que busca a reaproximação entre a Ética e o Direito sem recorrer a categorias metafísicas do jusnaturalismo e, embora ancorado no direito positivo, evita cair nas armadilhas excessivamente formalistas do juspositivismo. Trabalha com uma nova relação entre regras e princípios, uma nova hermenêutica constitucional, com uma refinada argumentação jurídica e com a primazia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

24) A Judicialização da Saúde representa um claro deslocamento do eixo de discussão da matéria das instâncias tradicionais representativas para o Judiciário. O fenômeno tem sido explicado por vários motivos, que vão desde o reconhecimento da relevância do papel de um Judiciário independente, da crise da democracia representativa e da preferência de certos atores pelo Judiciário para dirimir questões polêmicas sobre as quais exista desacordo moral razoável, até a Constituição marcadamente analítica brasileira, o modelo complexo de controle de constitucionalidade que ela elegeu e o direito ao amplo acesso à justiça. A Judicialização da Saúde pode ser respondida por uma postura mais ativa ou contida do Judiciário. A atitude dos magistrados pode influenciar, ao menos em nível quantitativo, no incremento ou não da própria judicialização;

25) O termo “Ativismo Judicial” foi cunhado pela primeira vez pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger, em 1947, por meio de artigo publicado em revista de grande circulação sobre a Suprema Corte americana. Apesar de ser identificado com posturas judiciais progressistas, já assumiu feições conservadoras;

26) Desde o princípio, a expressão esteve envolta em uma carga muito grande de imprecisão semântica e de baixa densidade. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, o ativismo é usado em contextos “destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”;

27) O Ativismo Judicial floresce melhor em ambientes de retração do Poder Legislativo e omissão do Poder Executivo, como no caso da saúde no Brasil. A

condenação do Poder Público a obrigações de conduta ou abstenção é tradicionalmente elencada como exemplo do fenômeno, ao lado, por exemplo, da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da intervenção do legislador ordinário e da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

28) O Ativismo Judicial pode ser pintado em diferentes tipos e categorias e tem como seu antônimo a autocontenção ou autorrestrição. Neste caso, o Estado-Juiz reduz sua interferência na ação de outros Poderes, com preservação das instituições;

29) Apesar de representarem coisas similares, Judicialização e Ativismo não se confundem. O primeiro indica um direito constitucional de busca pela devida tutela judicial, e o segundo retrata uma postura mais expansiva da magistratura, geralmente escudada no signo da concretização de fins e valores constitucionais, sobretudo ante o quadro de inércia estatal, refletindo diretamente no espaço de atuação dos demais Poderes. Ou seja, enquanto a judicialização é um fato inelutável, decorrente do próprio arranjo institucional formatado pela Constituição brasileira, o ativismo judicial é um comportamento ativo de alargamento do alcance e do sentido das normas constitucionais;

30) Portanto, a judicialização pode ensejar uma postura ativista ou autocontida, isto é, existe judicialização sem ativismo e ativismo sem judicialização. No entanto, o nível de ativismo influencia na extensão da judicialização, e um ambiente judicializado tende a potencializar o ativismo;

31) O protagonismo judicial recebe substancial oposição. As críticas variam desde a acusação de causar infantilização da sociedade (Maus) a estar a serviço da preservação de uma hegemonia das elites jurídicas e econômicas (Hirshl). Falam ainda na dificuldade contramajoritária, em falta de legitimidade democrática, falta de capacidade institucional e técnica e restrição do debate aos agentes que dominam o instrumental jurídico. Na área da saúde, as impugnações, muitas vezes, são direcionadas à questão da harmonia dos Poderes, à substituição de decisões de órgãos técnicos e às limitações financeiras que envolvem a concretização dos direitos sociais;

32) A consagração do direito à saúde na Constituição o torna juridicamente vinculante. É, portanto, justiciável, isto é, sindicável perante o Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão. Logo, o Judiciário deve intervir, se preciso, mas de forma ordenada e parametrizada, sob pena de desajustar sistemicamente o próprio sentido de proteção da garantia constitucional;

33) O direito à saúde é costumeiramente associado à ideia de mínimo existencial, ou seja, “às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, na feliz definição de Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial apresenta uma dimensão negativa e outra positiva. A primeira opera como um limite, impedindo a prática de atos, pelo Estado ou por particulares, que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna, isto é, uma tutela mínima contra intervenções públicas ou particulares, e a segunda como um conjunto essencial mínimo de direitos prestacionais que devem ser efetivados para possibilitarem aos indivíduos uma vida digna;

34) A concretização do mínimo existencial muitas vezes esbarra nas limitações financeiras do Estado. Estas restrições financeiras ganharam o nome de “reserva do possível”. A reserva do possível ganhou força na doutrina alemã e chegou forte no Brasil com a inovadora extensão que a Constituição deu aos direitos sociais. A reserva do possível possui uma dimensão fática, consistente na falta material de recursos orçamentários capazes de suprir a implementação de certo direito, e uma jurídica, isto é, a autorização orçamentária legal para destinação de recursos a determinada ação ou serviço público;

35) Embora muitos juristas preguem a tese da inadaptabilidade da reserva do possível à realidade brasileira, parece que a teoria deve, ao contrário, ser ainda mais observada em um país ainda em desenvolvimento, com muitas carências sociais e um poderio econômico ainda mais limitado. A reserva do possível deve ser encarada de forma séria na análise de disputas judiciais, como corolário da isonomia entre as pessoas e não como mera cláusula financeira fria e distante;

36) O Ministro Celso de Mello constatou bem o cerne da controvérsia, ao julgar a ADPF n. 45, através do binômio “razoabilidade da pretensão individual-social em face

do Poder Público x existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas”;

37) A razoabilidade da pretensão passa pela análise do nível de comprometimento ao mínimo existencial. Na esteira de julgamento repetitivo do STJ, pode-se dizer que um parâmetro a ser observado, neste particular, é a existência de laudo médico circunstanciado expedido pelo médico do paciente que indique a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento. Nessa mesma esteira, o STJ considera importante a demonstração da ineficácia da política pública oferecida pelo SUS e a hipossuficiência do requerente;

38) Já a averiguação da disponibilidade financeira do Estado de tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas deve ser judicialmente provada de forma clara e objetiva. Neste caso, o STF pode se valer do controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias para aferir a real escassez de recursos públicos e a efetividade global da distribuição dos investimentos públicos.

39) De toda forma, a reserva do possível deve servir de base ponderativa e não como obstáculo intransponível ao preenchimento do direito à saúde, em geral, e a à concessão de medidas judiciais que estabeleçam ao poder público a obrigação de fornecer fármacos ou tratamentos de saúde, em especial;

40) Um recorrente argumento contrário à participação judicial na concretização do direito à saúde é a carência de conhecimentos técnicos especializados pelos magistrados, diante da falta de preparo para julgarem demandas que envolvam grande complexidade científica. Para suprir a deficiência, os julgadores podem se valer de perícias judiciais, de instrumentos que se utilizem da chamada medicina baseada em evidências, de audiências públicas, entre outras medidas;

41) O Supremo Tribunal Federal definiu tese no sentido de que “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as

regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”;

42) Assim, a despeito da responsabilidade ser solidária (de o doente poder ingressar com ação judicial contra qualquer ente), o magistrado está autorizado a pertinentemente direcionar, de acordo com as regras de competência mencionadas, o cumprimento da prestação e determinar o ressarcimento a quem arcou com o ônus financeiro da decisão. Segundo o próprio STF, em caso de medicamentos sem registro da ANVISA, em razão da participação deste ente público federal, a demanda deverá ser processada na Justiça Federal, e a União necessariamente constará em seu polo passivo;

43) O trabalho defende que a tutela processual individual possa ser excepcionalmente utilizada como forma de buscar medicamentos e tratamentos de saúde. Quando a política pública já tiver reconhecida em listagem padronizada do SUS, o indivíduo ganha direito subjetivo a recebê-la. Em caso de descumprimento, a tarefa do Judiciário será meramente a de reparar a lesão como órgão fiscalizador da diretriz reconhecida pelo próprio Estado;

44) Em alguns casos, no entanto, o pedido na tutela individual poderá se escorar, mais excepcionalmente ainda, em política pública não reconhecida pelo SUS, sobretudo quando o paciente demonstrar, por meio de provas e argumentação jurídica refinada, que ela está defasada ou é imprópria ou ineficaz. Neste caso, chamam atenção os medicamentos experimentais e os não registrados pela ANVISA. Os primeiros são aqueles que não tiveram sua eficiência e segurança cientificamente atestadas. Os segundos são aqueles que ultrapassaram todas as etapas de testes tendentes a comprovar sua eficácia e segurança, mas que não foram registrados pela ANVISA;

45) O Supremo Tribunal Federal não admite a concessão judicial de medicamentos experimentais. Também não autoriza, em regra, o deferimento da distribuição de medicamentos não registrados na ANVISA, mas ressalva a hipótese que cumprir os seguintes requisitos: a) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; b) existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação do exterior; c) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil;

46) Muitas vezes o problema da tutela individual se relaciona à instrução processual. Ela precisa possibilitar uma ampla produção probatória, que permita ao magistrado examinar todos os fatores determinantes em jogo na causa. Por isso, a concessão de medidas liminares ou o reconhecimento do direito líquido e certo em mandado de segurança podem ser dificultados. A proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito), servirá como guia para a atuação judicial;

47) A tutela coletiva judicial deve ser preferencialmente manejada, entre outros motivos, porque: a) permite a análise do contexto geral da política pública envolvida; b) admite uma instrução processual mais completa; c) trabalha com a ideia de legitimação ativa adequada, em que menos atores são autorizados a atuar no polo ativo da demanda, mas com objetivos institucionais mais compatíveis com a higidez sistêmica do sistema de saúde; d) o Judiciário tem mais condições de operar na lógica da macrojustiça; e) as decisões têm efeitos *erga omnes e ultrapartes*;

48) As demandas de natureza coletiva permitem que o magistrado desempenhe uma análise sistêmica dos problemas da saúde. Por isso, as soluções coletivas devem prevalecer às soluções individuais, pois oferecem respostas mais completas a problemas sociais intrincados. Não se defende, com isso, que as ações coletivas devam substituir a litigância individual, mas sim atuar em um processo de recíproca complementação e fortalecimento;

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Derechos sociales fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. **Direito Público**, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014, Brasília.

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ARISTÓLETES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Série Os Pensadores)

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito?: pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. *In*: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 16 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 23 jul. 2019

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. Cambridge: Yale University Press, 1986.

BLANCHERIE, Ana Carla; MENDES SANTOS, Guilherme Adolfo dos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: **a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 133, jan./mar 1997, Brasília.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnessota: West Publishing, 1998.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa. Impactos orçamentários da judicialização as políticas públicas de saúde. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As várias faces do neoconstitucionalismo. *In*: QUARESMA, Regina *et al.* **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Getúlio Vargas, Franklin Roosevelt e independência judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-06/carlos-alexandre-campos-vargas-roosevelt-independencia-judicial?pagina=2>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mnedes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 2, abr/jun 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CASTELO, Fernando Alcântara. A necessidade de estabelecer a responsabilidade da União das ações que buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. v. 7. São Paulo: Cortez, 1991. (Coleção Pensamento social e saúde)

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; JAYME, Fernando Gonzaga; LAVOR, Maria Terra. **Processo civil – novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “Neoconstitucionalismo”**: e sua crítica. Artigos Direito GV – Working Papers, São Paulo, n. 17, mar. 2008. (Série FVG DIREITO SP - Artigos Acadêmicos)

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. *In*: FERRAZ

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Maria Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. *In*: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Otávio L. Motta. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (org.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D´Placido, 2019.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. II. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GANDINI, José Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. *In*: BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento de medicamentos. **Revista Forense**, v. 99, n. 370, nov./dez. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. *In*: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. *In*: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordam Law Review**, v. 75, n. 02, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of new constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

ITO, Marina. Judicialização é fato, ativismo é atitude”. **Consultor Jurídico**, 17 de maio de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 22 maio 2018.

JUNIOR, Tércio Sampaio et al. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreás. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**: uma visão comparativa. Disponível em: http://www.institutoapoiar.org.br/imagens/bibliotecas/Realizacao_dos_direitos_fundamentais.PDF. Acesso em: 15 abr. 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 189-247, 2012.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Campinas: Minelli, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINS, Andrea Carla Veras. A produção, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182 abr./jun., 2009, Brasília.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

LOUREIRO, João Carlos S.G. Direito à (proteção da) saúde. *In*: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1.

MACHADO, MV. **Direito à saúde no Brasil**: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado. 2010. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito da PUC-Rio (Minter Puc-Rio/Doctum-JF), Juiz de Fora, 2010.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Garantismo judicial e positivismo jurídico**: elementos para uma teoria da jurisdição includente e efetiva. Fortaleza: Impreco, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *In*: **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, ano 1, n. 1, jul.-dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. II.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Batsos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov./2000.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia?: a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. Malheiros: São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra, 1993, v. IV.

MOLITERNO, Marcella Parpinelli. Da imprescindível análise fática nas demandas de saúde: impropriedade da utilização irrestrita do mandado de segurança. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204, out./dez. 2014.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do poder judiciário. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 2º sem. 2018.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Eduardo Ferreira Silva. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de Direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anot. e atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2005.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

RIBEIRO, Paulo Sérgio. A função do juiz no estado democrático de direito: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais. **Revista da AJUFE**, São Paulo: Letras Jurídicas, ano 28, n. 25, 2015.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico - constitucional**: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 29.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 1, p. 73, 1947.

SILVA, Emílio Borges e. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 3, p. 66, set./dez. 2012, Londrina.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. *In*: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org). **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TATE, C., Vallinder, T. **The global expansion of judicial power**. New York University Press, New York, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Direitos sociais e sua “evolução judicial” nos 30 anos da Constituição do Brasil**. *In*: TOFFOLI, José Antônio Dias. **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Cidadania, direitos sociais e estado. *In*: **Conferência Nacional De Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 28 nov. 2019.

TRINDADE, Antônio Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. *In*: DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VILELA, Leonardo Moura; MOLITERNO, Marcella Parpinelli; SANTOS, Alethele de Oliveira. A judicialização da saúde: um fenômeno a ser compreendido. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tôledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.