

TUANE TOMELIN DE ABREU

**A EFETIVAÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL SOCIAL: ATUAÇÃO
DO JUDICIÁRIO NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
ÁREA DA SAÚDE**

BRASÍLIA

2013

TUANE TOMELIN DE ABREU

**A EFETIVAÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL SOCIAL: ATUAÇÃO
DO JUDICIÁRIO NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
ÁREA DA SAÚDE**

**Projeto de monografia apresentado como
requisito para graduação do Curso de
Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.**

Orientador: André Pires Gontijo.

BRASÍLIA

2013

Dedicatória: Dedico esta monografia à minha família por ter contribuído e possibilitado a minha formação pessoal e profissional.

Agradecimentos: Ao meu orientador, André Pires Gontijo, por ter acreditado e incentivado na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Pesquisa monográfica no âmbito do direito constitucional que aborda o grau de vinculação dos direitos prestacionais, especificamente o direito à saúde, questionando os limites de atuação do Poder Judiciário dentro do processo de judicialização da saúde e a possibilidade da ocorrência do ativismo judicial. Por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, buscou-se demonstrar as divergências doutrinárias sobre a qualidade do ativismo judicial e com isso estabelecer os limites de atuação do Judiciário na formulação de políticas públicas. A efetivação do direito à saúde pressupõe inevitavelmente a disponibilidade orçamentária e implica na colisão de direitos, na medida em que para proteger um é necessário desproteger a coletividade. O estudo demonstra, por meio da análise jurisprudencial, a necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade para estabelecer critérios concretos e objetivos como parâmetro norteador das decisões judiciais, objetivando garantir a segurança jurídica, democracia, igualdade e a melhor proteção de toda a sociedade. Por fim, conclui-se pela necessidade do diálogo institucional em detrimento de ações autônomas e isoladas.

PALAVRAS-CHAVES: Norma de direitos fundamental social; direito à saúde; política pública; judicialização; ativismo judicial; mínimo existencial; proporcionalidade.

ABSTRACT

Monographic research about constitutional law that deals with social rights, especially the right to health and the limits of the Judiciary Power in judicialization of the right to health and the possibility of judicial activism. Through doctrine and jurisprudence research, this review demonstrates the doctrinal difference in the approach of judicial activism and thereby establishes the limits of performance of the judiciary in the formulation of public policies. The implementation of the right to health requires the availability of funds and inevitably involves the collision of rights, to the extent that protecting one necessarily disregard the hole. This study demonstrates the need of the rule of proportionality to establish specific criteria and objectives as a parameter guiding judicial decisions, aiming to ensure legal certainty, democracy, equality and better protection of the society as whole. It concludes that is necessary to have institutional dialogue rather than an isolated and autonomous actions.

KEY-WORDS: Fundamental social rights; right to health; public policy; judicialization; judicial activism; social minimum; proportionality.

SUMÁRIO

1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	3
1.1 Breves considerações sobre Constituição e direitos fundamentais	3
1.2 A norma de direito fundamental social: acesso à saúde disciplinado na Constituição Federal de 1988	5
1.3 O Sistema Único de Saúde	12
<i>1.3.1 A missão e o funcionamento do Sistema Único de Saúde</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 A aquisição de medicamentos e equipamentos pelo Sistema Único de Saúde</i>	<i>16</i>
2 ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	19
2.1 Direitos sociais: embate entre direito e política	21
2.2 A judicialização do direito à saúde	25
2.3 Ativismo judicial: breves considerações	28
<i>2.3.1 A divergência doutrinária sobre o ativismo judicial</i>	<i>29</i>
<i>2.3.2 O dilema da omissão Judicial</i>	<i>33</i>
2.4 Limites da atuação jurisdicional	37
3 A POSSIBILIDADE DE COLISÃO, RESTRIÇÃO E SOPESAMENTO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE	40
3.1 Mínimo Existencial: o direito à saúde concretizado como direito individual ou direito coletivo	41
3.2 Teoria da reserva do possível e mínimo existencial coletivo	43
3.3 Análise da regra da proporcionalidade	45
4 CONCLUSÃO	50
5 REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O Estado de bem-estar social (*welfare state*) preconiza a efetivação dos direitos sociais e é nesse contexto que o direito à saúde ganha enfoque. O Estado precisa elaborar políticas públicas para efetivar esse direito que é consagrado na Constituição Federal de 1988 como uma norma de direito fundamental social. A elaboração e implementação de políticas públicas para a efetivação do direito à saúde prescinde de disponibilidade orçamentária do Estado, que será sempre insuficiente para suprir todas as necessidades.

Nesse contexto, o cidadão que necessita de alguma prestação do Estado para resguardar-lhe a vida, dignidade e saúde, recorre ao Poder Judiciário, que é invocado a se posicionar. Eis que surge a divergência doutrinária sobre o teor dessas decisões, na medida em que ingressam na esfera política de escolha do legislador ou gestor público, além de impor restrições a outros direitos.

Daí questiona-se a possibilidade de efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário por meio de criação de políticas públicas ou da substituição das políticas públicas existentes. É neste questionamento que reside a problemática deste trabalho monográfico.

A procedência da ação judicial que visa a função de prestação do direito à saúde, por vezes, interfere na esfera política que é inerente à efetivação dos direitos sociais, como um cidadão que recorre ao judiciário para ter direito a um medicamento não listado na tabela de procedimentos do Sistema Único de Saúde.

Antes de debater os caminhos possíveis a serem traçados pela decisão judicial, é importante compreender logo no primeiro capítulo o que é direito fundamental e quão importante o é para o ordenamento jurídico e para a sociedade, prosseguindo com a evolução e lutas históricas que fomentaram a internalização dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, ainda no mesmo capítulo, será feita breve análise do Sistema Único de Saúde, com a transcrição dos momentos históricos que impulsionaram sua criação, qual sua missão e como é o seu funcionamento.

Já o segundo capítulo abordará o desenvolvimento da jurisdição constitucional e seu crescimento em tamanho e importância para a proteção dos direitos fundamentais. No que concerne ao direito fundamental social da saúde, será mister abordar o embate entre direito e política que resulta na crescente judicialização do direito à saúde,

podendo inclusive ocorrer a prática do ativismo judicial. Isso porque, para efetivar o direito à saúde é imprescindível a elaboração de políticas públicas, que exige conhecer da disponibilidade orçamentária e da melhor maneira para proteger o maior número de pessoas possível. Nesse ponto a doutrina diverge amplamente, uns defendem um ativismo fundamentado na própria Constituição, outros a repudiam e alguns sequer reconhecem a sua prática no âmbito dessas decisões que concedem medicamentos ou tratamentos.

Torna-se importante entender o grau de vinculação do direito à saúde. Sobre ativismo serão demonstradas as divisões que existem na doutrina, a dificuldade de se estabelecer um conceito único e as consequências para a democracia, levando ao questionamento de quais seriam os limites da atuação jurisdicional.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o impacto que as decisões judiciais provocam nas esferas política, econômica, legal e social, implicando em colisões e as consequentes restrições impostas aos direitos fundamentais. A partir disso, será possível estabelecer o que realmente deve ser protegido pelo direito fundamental social da saúde, atentando-se para o conceito de mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, que é argumento de defesa do Estado. Para finalizar, sugestiona-se a aplicação da regra da proporcionalidade, com as respectivas sub-regras, para nortear a atuação jurisdicional e evitar colisões e restrições prejudiciais para a coletividade.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Breves considerações sobre Constituição e direitos fundamentais

Por constitucionalismo J.J. Gomes Canotilho conceitua ser “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.¹ Acrescenta ainda que na acepção histórica, o constitucionalismo moderno designa o “movimento político, social e cultural que questionou nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político”, sugerindo uma “nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”.²

O constitucionalismo moderno legitimou a criação da Constituição no sentido em que a adotamos hoje. Nos dizeres de Canotilho: “Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam limites do poder político”.³

Este constitucionalismo, que ganhou força em meados do séc. XVIII, no bojo da Revolução Francesa, buscou a ruptura, portanto, com o constitucionalismo antigo. Com a força do constitucionalismo moderno é que surge a ideia de Constituição similar a que temos hoje, como um “instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana”.⁴

Na definição do dicionário o termo “Constituição” é um vocábulo polissêmico, o que impossibilita estabelecer um único conceito. Constituição significa:

[...] ato de constituir, de estabelecer, de firmar; modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação; Lei fundamental e suprema dum Estado, que contém normas respeitantes à

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 51.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 52.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 52.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 44.

formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos [...].⁵

José Afonso da Silva anota que a Constituição tem como forma um complexo de normas escritas, como conteúdo, a conduta humana, como fim, os *valores que apontam para o existir da comunidade*⁶; e, como causa criadora, o poder que emana do povo. A seu ver, a Constituição deve ser compreendida e interpretada com base na *conexão de sentidos, como é aquilo que integra um conjunto de valores*.⁷

Para Paulo Gustavo Gonet, a Constituição: “emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame os direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes”.⁸

A ideia de Constituição está intimamente ligada com o termo direito fundamental. Segundo Dimitri Dimolius “os direitos garantidos na Constituição são fundamentais porque se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social”.⁹ Canotilho acentua que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados *naturais* e *inalienáveis* do indivíduo”.¹⁰

O termo direitos humanos, ressalta Gilmar Ferreira Mendes, é:

“[...] empregado para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”.¹¹

Nos dizeres de Canotilho: “a positivação jurídico-constitucional não dissolve nem consome o momento de *jusnaturalização* que são as raízes *fundamentantes* dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”.

⁵AURÉLIO, Buarque Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

⁶SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.39.

⁷SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.39.

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 61

⁹DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 53.

¹⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.377.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.166-167.

O termo direitos humanos e direitos fundamentais não se confundem, aquele é utilizado para designar direitos inerentes a todos os seres humanos em qualquer tempo e lugar, tem origem jusnaturalista e estes são também os direitos inerentes, mas institucionalizados por uma sociedade.

Trata-se de direitos fundamentais *jurídico-positivantes vigente numa ordem constitucional*, como assevera Canotilho, por isso, doravante denominados de normas de direitos fundamentais. Justamente pelo fato de serem normas é que ostentam caráter vinculante em relação aos direitos humanos.

Sobre a proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil de 1988 assegurou os direitos sociais e individuais pormenorizadamente. O conteúdo das normas de direito fundamental é geralmente aberto e pode sofrer interpretações, justamente para acompanhar a evolução dos dogmas da sociedade, mas o fato de terem sido pormenorizadamente detalhados na Constituição possibilita sucessivas batalhas e confronto entre direitos fundamentais. O sistema aberto, segundo Canotilho, traduz-se na “disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”¹²

1.2 A norma de direito fundamental social: acesso à saúde disciplinado na Constituição Federal de 1988

A concretização dos direitos fundamentais como conteúdo primordial do sistema jurídico precedeu de um contexto histórico relevante. Para a melhor compreensão dessa evolução histórica, a doutrina alienígena e nacional divide os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, todavia, há quem opte pela divisão em até quatro, cinco ou seis gerações ou dimensões¹³.

Neste trabalho tratar-se-á da divisão em três dimensões dos direitos fundamentais. Cumpre destacar que a divisão em dimensões ou gerações não indica um processo de *alternância* ou sucessividade, mas *complementariedade*, como bem elucidado por

¹²CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 1159.

¹³Dirley da Cunha Júnior e outros doutrinadores destacam a existência dos direitos de quarta dimensão. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 211.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ em a *Eficácia dos Direitos Fundamentais*¹⁵, que ressalta bem esse processo e destaca ainda a equivocada impressão tida com o termo geração que traduz a ideia de que os *direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo*, o que não ocorre. Ingo adota a terminologia *dimensão*, enquanto Paulo Gustavo Gonet adota o termo gerações e entende que o termo indica o “caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo”¹⁶.

Tanto a terminologia *geração* como *dimensão* podem dar a ideia de sucessividade, mas na realidade seja *geração* ou *dimensão* será sempre uma relação de complementariedade. A divisão em dimensões é meramente didática e retrata apenas a preponderância de lutas, seja por liberdades negativas ou positivas, isto é, quando da luta pelas liberdades individuais, os direitos sociais não eram inexistentes, apenas preponderava a luta por um ou outro direito.

Pois bem, os direitos fundamentais se dividem, conforme doutrina majoritária, em três dimensões. Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram reafirmados e reconhecidos durante os séculos XVII e XVIII com a influência de filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant¹⁷. Nos primeiros documentos escritos em que foram inseridos, representaram a vontade do povo de se opor frente às imposições do Estado, objetivando proteger o indivíduo do totalitarismo, garantindo-lhe certa autonomia em detrimento do Estado, o cerne era proteger as pessoas do poder opressivo do Estado.

A liberdade individual, propriedade privada, liberdade de expressão e direito à vida representaram a luta pela denominada liberdade negativa, em que a burguesia buscava do Estado uma inação, isto é, que o Estado se abstinhasse de interferir nas relações privadas.

No século XVIII com a Revolução Industrial, o processo de industrialização iniciado com a instalação de maquinários reduziu a quantidade de empregos e aumentou a oferta de procura, o que resultou em longas jornadas de trabalho, salários baixos e péssimas condições de trabalho, por consequência, eclodiram em lutas populares por condições mais dignas de labor. Nesse momento, não adiantava o Estado apenas se abster de interferir nas relações privadas, pois o proletariado não tinha condições de se opor frente às consequências

¹⁴ O autor perfilha o entendimento da mais moderna doutrina e refere-se a terminologia “dimensões” e não “gerações” ao referir-se aos direitos fundamentais.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 157.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

da Revolução Industrial, então o principal anseio da população era a busca da liberdade positiva, em que o Estado deve respeitar a esfera privada, mas deve agir para garantir a proteção mínima da sociedade.

Esse processo culminou no reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos sociais, cujo objetivo é garantir condições dignas de vida para todos, o bem-estar social. São direitos de segunda dimensão o direito ao trabalho, assistência social, saúde, moradia, educação, lazer etc.

Assim, a transição do Estado Liberal (1ª dimensão dos direitos fundamentais) para o Estado Social – *welfare state* – (2ª dimensão dos direitos fundamentais), fez com que o Estado deixasse de ter uma atuação negativa no sentido de apenas garantir os direitos individuais e passou a ter uma atuação positiva ao fornecer prestações aos cidadãos voltadas à satisfação das necessidades básicas. É o que Alexy denomina de *prestação em sentido estrito* e Gilmar Mendes de *direitos a prestações materiais*¹⁸.

As normas de direitos fundamentais mantêm uma intrínseca relação com a política, mas as normas de direitos fundamentais sociais ainda mais, pois exigem do Estado uma prestação que prescinde da elaboração de política pública, conforme se verá à frente.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão foram denominados como direitos de fraternidade, solidariedade, direitos transindividuais; representam a “proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”¹⁹, como assinala Gilmar Mendes.

É importante distinguir as funções múltiplas dos direitos fundamentais que podem se dividir em direito de defesa, prestação e proteção. A primeira função é marca caracterizadora dos direitos de primeira geração, pois se caracterizam por impor ao Estado o dever de não intervenção na esfera privada. Os direitos a prestação caracterizam os direitos de segunda geração, pois exige do Estado ação para concretizar os direitos assegurados e aproximar a igualdade. Por fim, o direito a proteção refere-se a proteção contra terceiros.

Apesar das funções exercidas caracterizarem precipuamente uma ou outra geração, não se pode considerar isso com rigidez, ao contrário, o direito à saúde, por exemplo,

¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.183.

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.156.

pode representar tanto um dever de prestação quanto um dever de proteção, quando se transmuta no direito à vida. Sobre isso, Canotilho leciona que:

[...] aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única dimensão (subjéctiva) e apenas uma função (protecção de esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.²⁰

No que concerne especificamente aos direitos sociais, que geralmente são visualizados na função de prestação, na conjuntura do Século XX, em 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja base foi essa luta social em favor da igualdade e dignidade da pessoa humana. Dentro do contexto histórico de sucessivas guerras e lutas em desfavor da opressão e discriminação, os direitos humanos foram reconhecidos como direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem é que os ordenamentos jurídicos passaram a internalizar os direitos de segunda geração e a garanti-los como normas de direitos fundamentais. Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o processo de mobilização social interno no Brasil também corroborou para a ampla protecção do acesso à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O direito à saúde está expressamente garantido no Capítulo II, do Título VIII da Carta Magna. Do teor do art. 196 é possível verificar que o sujeito passivo do direito a saúde é o Estado (União, Estados, Municípios e DF), pois será ele o responsável por elaborar as políticas públicas que garantam a efetividade dessa prestação.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas 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, protecção e recuperação.

Não se pode esquecer que a sujeição passiva dos direitos fundamentais não se resume a eficácia vertical, mas há também a possibilidade de *efeito perante terceiro ou efeito horizontal*²¹ dos direitos fundamentais. Dimitri Dimolius relembra que “a história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi limitar o poder do Estado a favor

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.1402.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 523.

dos indivíduos a este submetidos”²². Assim, o Estado será o sujeito passivo imediato pelo que retrata o próprio histórico dos direitos fundamentais. É nesse sentido que Dimolius ressalta que “os direitos fundamentais correspondem sempre a deveres do Estado, tanto a deveres de abstenção de intervir na esfera de liberdade garantida dos indivíduos, como a deveres de prestação e de manutenção de uma determinada estrutura ou organização”²³.

Entretanto, Alexy chama atenção para a incompletude de abordar a relação com os direitos fundamentais apenas entre Estado/cidadão e demonstra que as normas de direitos fundamentais também tem influência indireta²⁴ na relação cidadão/cidadão. “Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da justiça civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais”²⁵

Retomando a análise dos direitos sociais, sobre sua caracterização como direito social disposto no art. 6º, importante frisar que inicialmente emerge a ideia de coletividade, até mesmo pelo seu histórico de inclusão na Constituição por lutas sociais pela igualdade, mas não se pode afastar sua titularidade individual, pois o direito à saúde pode ser tutelado tanto para resguardar o interesse da coletividade quanto para o interesse individual em si considerado.

No que pese a boa intenção do Constituinte, já transcorreram 25 anos da promulgação da Constituição e esse direito ainda não foi completamente efetivado e dificilmente será na forma que se pretende, pois há certa peculiaridade nos direitos sociais, especialmente porque foram amplamente protegidos, impondo ao Estado tarefas que dificilmente serão cumpridas como deveriam. Em sentido oposto à Constituição brasileira, Alexy ao dissertar sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais destaca que *a Constituição Alemã é bastante cautelosa ao formular direitos a prestações*²⁶.

²² DIMOLIUS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106.

²³ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107.

²⁴ A teoria dos efeitos indiretos perante terceiro tem como principais representantes Gunter Durig e o Tribunal Constitucional Alemão.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 524.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 440.

Note que a Constituição de 1988 abarcou extenso rol de direitos sociais, o que inviabiliza na prática a possibilidade de o Estado concretizar todos esses direitos prestacionais “assegurados”, especialmente quando se trata do direito à saúde.

De acordo com Marcelo Neves, a norma deve ter três elementos, a validade, eficácia e efetividade²⁷. A validade restringe-se em determinar se a norma está em conformidade com o ordenamento jurídico, todavia, em se tratando de uma Constituição que é elaborada pelo Poder Constituinte Originário – *aquele poder que tudo pode, menos deixar de tudo poder*²⁸ – não há que se falar em validade. A eficácia seria a possibilidade jurídica e social de a norma produzir efeitos na sociedade. Por fim, o elemento que mais importa para este trabalho é a efetividade, que consiste na capacidade de a norma produzir os efeitos a que se destina.

Em seu livro *Constitucionalização Simbólica*, Marcelo Neves explica esses elementos através de um exemplo com uma norma destinada a reduzir a inflação. Essa lei será efetiva quando a inflação for reduzida, todavia, ainda que esta norma seja válida – em conformidade com o ordenamento – e eficaz do aspecto jurídico e social – a população respeita e cumpre –, é possível que não seja efetiva.²⁹ Ao contrário do que ocorre no Brasil, os Estados Unidos elaboraram uma Constituição sucinta, abordando realmente os principais fundamentos do Estado americano, assim, aquilo que é dever do Estado prestar passa a ser realmente efetivado na prática, facilitando, inclusive, a cobrança por parte da sociedade.

A pouca efetividade do direito a saúde pode se traduzir com base nas explicações de Alexy ao tratar das regras que garantem o direito subjetivo do cidadão e dos princípios que garantem o dever de prestação objetiva do Estado:

A proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações; a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima-facie* à realização de prestações [...] ³⁰.

Os direitos prestacionais do art. 6º e art. 196 da Constituição são normas denominadas por parte da doutrina como sendo de conteúdo programático, isto é, não é porque está garantido na Carta que realmente todos conseguirão ter acesso e proteção à saúde.

²⁷ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 48.

²⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁹ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 48.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 501.

A nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários, etc.³¹

Trata-se de normas-programa que prescindem da elaboração e implementação de políticas públicas por parte do Estado, o que implica na dependência dos recursos financeiros para a concretização desses direitos. Todavia, o caráter programático não pode ser invocado indiscriminadamente, sob pena de negar a força normativa da Constituição³² e principalmente porque gera a vinculação dos Poderes.

Quando se trata da aplicação de direitos fundamentais na relação Estado/cidadão a questão reside na disponibilidade financeira do Estado em arcar com determinado ônus sem que haja previsão orçamentária. Assim, nessa relação, a alocação de recursos é ponto crucial para a efetivação dos direitos sociais e o Judiciário vem sendo chamado corriqueiramente para solucionar o problema da efetividade das normas de direito social. Dessa relação vertical podem surgir efeitos indiretos perante terceiros, não no sentido de os vincularem, mas no sentido de os atingirem, pois o Estado em determinadas situações teria que optar qual direito fundamental proteger, daquele que pleiteia em juízo ou da coletividade, ou até mesmo de outro indivíduo que não está litigando.

Em outras palavras, num caso extremo pode-se exemplificar com a situação de alguém que precise de uma internação imediata na Unidade de Terapia Intensiva e lhe é concedido esse direito pela via judicial, todavia, não havendo lugar, outra pessoa teria que ser retirada da UTI para que a decisão judicial fosse cumprida. Ou então, a decisão que condena ao pagamento de um tratamento extremamente custoso e obrigaria o Estado a tirar os investimentos que faria na saúde para toda aquela comunidade em prol de apenas um indivíduo.

É possível estabelecer daí alguns limites de atuação jurisdicional. Se a política pública foi elaborada pelo Estado, ou seja, determinado medicamento, procedimento cirúrgico ou protocolo para tratamento estão incluídos na lista do SUS e a falha foi apenas em

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 313.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 696.

relação à gerência da Administração Pública, então o Judiciário está legitimado a agir e apenas concretizar dando efetividade para a política pública que já foi elaborada, com a devida aplicação da regra da proporcionalidade.

Noutro giro, quando tratar-se da hipótese em que não há política pública elaborada duas podem ser as causas, o Estado realmente foi omissivo, incorrendo em omissão inconstitucional ou tomou uma decisão política em não adotar aquele protocolo, procedimento ou medicamento na lista do SUS. A omissão também pode ser uma decisão política. Se a omissão foi inconstitucional, o Estado-juiz está legitimado a agir, mais uma vez respeitando a regra da proporcionalidade e dentro dos limites que a separação de poderes impõe, todavia, em se tratando de omissão proposital por opção política, dentro do juízo discricionário, questiona-se se o Judiciário estaria legitimado a agir ou se incorreria em ativismo judicial.

A verdade é que a efetivação dos direitos sociais caminha a passos lentos e com vistas a evitar que se torne apenas um pedaço de papel sem força normativa, o Poder Judiciário passa a ter papel essencial em estabelecer o âmbito de proteção desses direitos. Os litígios que envolvem o direito à saúde intumescem os órgãos jurisdicionais e o que se questiona é quais são os limites de atuação dessas decisões, o que será aprofundado no Capítulo próximo.

1.3 O Sistema Único de Saúde

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o sistema público de saúde atendia apenas aqueles que contribuíam com a Previdência Social, assim, quem era desprovido de recursos ficava a mercê da caridade e filantropia³³.

Na década de 70, médicos, enfermeiras e a população se uniram no denominado movimento de reforma sanitária³⁴, em reação ao descontentamento com a precariedade que acometia o sistema público de saúde. Dentro do contexto sócio-político do governo militar, a sociedade civil se uniu em resistência ao autoritarismo e em luta pela democratização da saúde.

³³ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012. p. 21.

³⁴ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012. p. 21.

A promulgação da Constituição de 1988 representou a ruptura com a ordem jurídica até então vigente e em atenção aos anseios sociais ampliou o sistema público de saúde que passou a ser direito de toda a população, indiscriminadamente. Contando não apenas com a participação municipal, mas estadual, federal e da própria população para o seu financiamento, como se vislumbra na redação do art. 198 da Constituição.

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

A Carta Magna em seu artigo 196 dispôs que a saúde pública é direito de todos e dever do Estado. Para concretizar esse direito social assegurado, o Poder Legislativo criou um sistema único para efetivar as ações e serviços públicos de saúde, com a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, um programa constitucional para o desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde³⁵, buscou-se promover a justiça social e superar a desigualdade na assistência à saúde.

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;
- 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.

O SUS é um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais e pelo setor privado e organizações não governamentais por meio de contratos e convênios.³⁶

³⁵BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>> Acesso em: 27 out. 2012.

³⁶BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>> Acesso em: 27 out. 2012.

Em 19 de setembro de 1990, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 8.080 que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”³⁷, estabelecendo as diretrizes e princípios em complemento ao disposto no art. 198 da Constituição, dentre os quais estão a universalidade de acesso, integralidade de assistência, igualdade, gratuidade, regionalização e hierarquização, descentralização, participação social e informação.

Em sequência, no dia 28 de dezembro do mesmo ano, o Congresso aprovou a Lei n. 8.142 que “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde”³⁸.

Em suma, o Sistema Único de Saúde é um programa constitucional de desenvolvimento de políticas públicas de saúde, cuja origem está nas lutas e movimentos sociais que aclamaram por um sistema mais eficiente e amplo que incluísse e garantisse saúde a todos. Certamente desde a sua criação protegeu e garantiu a saúde a grande parte da população que antes era esquecida, mesmo ainda distante de atingir os patamares ideais.

1.3.1 A missão e o funcionamento do Sistema Único de Saúde

O Sistema criado pela Constituição Federal de 1988 visa a concretizar o acesso à saúde a todos os cidadãos. O objetivo do SUS é garantir o acesso integral e gratuito por toda a população, lida com atendimento ambulatorial, exames, internações, fornecimento de medicamento, cirurgias, como o transplante de órgãos, e os mais diversos serviços inerentes à saúde pública. Contempla as campanhas de vacinação e ações preventivas.

O SUS oferece o mesmo atendimento a todas as pessoas, ocorre que cada Estado ou Município tem a sua peculiaridade, isto é, as pessoas daquela determinada região estão mais sujeitas a determinado problema de saúde que em região diversa é incomum. Então, algumas pessoas não têm a sua necessidade suprida, enquanto outras têm além do necessário. O que se soluciona pela caminhada até o Município mais próximo³⁹.

³⁷ BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

³⁸BRASIL. *Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

³⁹BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: entendendo o SUS.* Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=136>. Acesso em: 28 out. 2012.

Pelo princípio da integralidade o SUS tem o papel de realizar todas as ações necessárias e viáveis para a promoção e proteção da saúde de todos, mas a maior parte do sistema não tem condições de ofertar integralmente os serviços de saúde, por isso o ideal é que haja parcerias entre estados e municípios, para que os recursos financeiros sejam aproveitados da maneira mais apropriada possível para garantir o acesso integral em cada estado ou município.

O Governo Federal é o principal ente financiador da saúde pública. O Ministério da Saúde supre 50% dos gastos em saúde pública em todo o país, a outra metade é financiada pelos estados e municípios⁴⁰. Em função da municipalização, justamente para garantir maior efetividade, pois como já afirmado cada região possui sua peculiaridade, o município e o estado em conjunto com a iniciativa privada e as ONGs são os responsáveis pela implementação das políticas públicas.

A Emenda à Constituição n. 29 editada em setembro do ano 2000 estabelece que os gastos da União devem ser iguais ao do ano anterior, corrigidos, já os estados devem garantir 12% de suas receitas e os municípios devem dispor de pelo menos 15% das receitas⁴¹.

Todos os Estados e Municípios devem ter os conselhos de saúde que são responsáveis pela fiscalização da aplicação dos recursos públicos na saúde. Esses conselhos são formados por representantes dos usuários do SUS, dos prestadores de serviços, dos gestores e dos profissionais de saúde.⁴²

A principal questão do SUS que se relaciona intimamente com esse trabalho é o fornecimento de medicamentos. Os medicamentos básicos são adquiridos pelas secretarias estaduais e municipais. Os medicamentos excepcionais são comprados pelas secretarias de saúde e o ressarcimento é feito quando da comprovação de entrega do fármaco ao paciente. Geralmente, a União cobre 80% do valor gasto com os medicamentos excepcionais, o restante é suportado pelo estado ou município⁴³.

⁴⁰BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>> Acesso em: 27 out. 2012.

⁴¹BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: entendendo o SUS*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=136> Acesso em: 28 out. 2012.

⁴²BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: entendendo o SUS*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=136> Acesso em: 28 out. 2012.

⁴³BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>> Acesso em: 28 out. 2012.

1.3.2 A aquisição de medicamentos e equipamentos pelo Sistema Único de Saúde

Um ponto crucial na aquisição de medicamentos ou equipamentos, é que, como afirmou o atual Secretário de Saúde do Distrito Federal Rafael Barbosa ao conceder entrevista sobre uma ação que condenou o DF a implantar o marca-passo a um menino de 10 anos⁴⁴ – que nasceu com insuficiência respiratória, não é possível comprar o aparelho sem um mandado judicial, nada pode ser adquirido sem que esteja na tabela do SUS.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia – CONITEC foi instituída pela Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011 para dispor sobre a incorporação de tecnologia no SUS. Segundo disciplina o art. 19-Q da Lei n. 8.080 de 1990 que foi alterada pela lei supramencionada:

Art. 19-Q. 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.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

Ainda no mesmo dispositivo é possível verificar o procedimento que deve ser seguido para a inclusão de determinado medicamento, que envolve estudos de longo prazo, com observância nos resultados sobre a efetividade e segurança das tecnologias a serem incluídas na tabela do SUS.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

⁴⁴GDF faz orçamento para implantar marca-passo em garoto no DF. Brasília, 6 nov. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/11/gdf-faz-orcamento-para-implantar-marca-passo-em-garoto-no-df.html>>. Acesso em 6 nov. 2012.

Não pode uma decisão judicial obrigar ao SUS a custear determinado tratamento que não esteja na lista do SUS sem levar em consideração o dispositivo supracitado. Destaca o secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde, Carlos Gadelha que:

O processo de incorporações atende a prioridade do ministério de garantir a universalidade do acesso da população a medicamentos gratuitos. Com isso, reduzimos complicações decorrentes das patologias, possibilitamos a melhora de vida desses pacientes, e reduzimos gastos do governo com internações.⁴⁵

Sobre a lista do SUS, ressalta-se que a inclusão de medicamentos respeita o princípio democrático, pois conta com a participação popular para indicar as reais necessidades dos cidadãos.

Em relação às cirurgias, se o hospital de determinada região não tem equipamentos suficientes para realizar o procedimento, o paciente deveria ser encaminhado para o hospital da região mais próxima que deverá ter os equipamentos necessários. A ideia é que haja uma cooperação entre os entes, que se articulem entre si para traçar planos estratégicos para suprir todas as necessidades. Contudo, na prática, o planejamento estratégico e organização não são características que se sobressaem, mas talvez sejam essas questões resolvidas com o aprimoramento da logística e não com a interferência do Poder Judiciário.

Em razão desse ideal de integração e cooperação entre as regiões, os municípios foram incentivados a assumir integralmente as ações e serviços de saúde em sua jurisdição. Em 2006 foi estabelecido entre os três entes o Pacto pela Saúde⁴⁶, que possibilita ao município assinar um Termo de Compromisso de Gestão que permite ao município receber regular e automaticamente os recursos para realizar os serviços de saúde que se comprometeu a realizar. Esse valor é calculado com base no total da população.

Na prática há uma grande insuficiência de recursos para dar efetividade ao direito à saúde em sua totalidade, devendo o gestor público optar pela melhor maneira de gerir a alocação dos recursos, dentre as atividades e projetos relacionados à implementação de políticas públicas para beneficiar o maior número de pessoas possível.

⁴⁵ RONDON, Rhaiana; ALARCON, Tatiana. *SUS amplia lista de medicamentos ofertados*. Agência da Saúde. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/sus-amplia-lista-de-medicamentos-ofertados/>> Acesso em: 4 out. 2012.

⁴⁶BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>> Acesso em: 27 out. 2012.

2 ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É inegável o valor normativo da Constituição brasileira, mas esse realce precedeu de uma evolução histórica muito importante. Antigamente, a jurisdição não era exclusiva do Judiciário, existia, por exemplo, a *jurisdição feudal*, *jurisdição baronal*, *jurisdição eclesiástica*.⁴⁷ Hoje só existe a jurisdição estatal que é confiada aos magistrados.

A jurisdição constitucional nasceu como um mecanismo de defesa da Constituição, a função jurisdicional é exercida para tutelar a supremacia da Constituição.⁴⁸ Então, aonde houver questões em ordem de defesa da constituição, haverá o exercício da jurisdição constitucional que será exercido, no Brasil, não apenas por um órgão especializado, mas por qualquer órgão do Poder Judiciário, sendo possível o controle incidental, difuso, concentrado e abstrato.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião precípua da Constituição e órgão de cúpula do Judiciário, conforme art. 102 da Carta Magna. Foi criado em 1828, primeiramente denominado de Supremo Tribunal de Justiça. Suas atribuições inicialmente eram limitadas. A promulgação da primeira Constituição da República de 1891 instituiu o sistema de controle de constitucionalidade das leis, mas apenas com a restauração da democracia e com a promulgação da Constituição de 1988 é que a competência do Supremo Tribunal Federal ficou realmente evidenciada⁴⁹.

Desde a sua criação o Supremo tinha uma atuação singela, assim como todo o Poder Judiciário. Com a promulgação da Constituição de 1988, assinala Luís Roberto Barroso que o “judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes”.⁵⁰ Esse ambiente imbuído com os valores da democracia e do Estado Democrático de Direito fortaleceu o Poder Judiciário e aumentou a participação da população diante deste. Além desse ponto, que Luís Roberto Barroso

⁴⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 554.

⁴⁸CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales em La jurisdicción constitucional*, p. 258, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p.376.

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Histórico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

denomina de *redemocratização*, corrobora também para a expansão do Judiciário a *constitucionalização abrangente*⁵¹, em que o Constituinte trouxe para a Constituição temas que antes era dado ao legislador ordinário.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que “o instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade”⁵². É nesse cenário que o Supremo Tribunal Federal ganha força no desenvolvimento da jurisdição constitucional e o sistema de controle de constitucionalidade adotado, incidental e difuso, além do concentrado e abstrato, impulsiona o desenvolvimento da jurisdição em todo o Poder Judiciário, não sendo restrito somente ao órgão de cúpula.

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.⁵³

A título de curiosidade, a esse novo viés do constitucionalismo moderno, parte da doutrina denominou de neoconstitucionalismo.

Gilmar Mendes ressalta, corretamente, que o grande desafio da jurisdição constitucional hoje é conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia⁵⁴, isso porque todo o judiciário se tornou mais ativo e presente nas questões que lidam com direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais que exigem elaboração de políticas para que se concretizem. Assim, o Judiciário passa a ser chamado para solucionar o problema da efetividade dos direitos sociais e surge o embate entre direito e política.

⁵¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

⁵²MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 59.

⁵³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 60.

⁵⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 17 jan. 2013.

2.1 Direitos sociais: embate entre direito e política

A expansão do Poder Judiciário inicialmente é vista com bons olhos, mas o exercício sem limites pode se tornar alvo de críticas. As críticas surgem na medida em que este Poder se transforma em palco para debates políticos e não meramente jurídicos. Nas últimas décadas tem crescido consideravelmente o número de decisões judiciais que interferem na decisão política do legislador ou administrador e esse fenômeno é visto especialmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Enquanto as decisões são favoráveis e retratam os anseios da população não há muita discórdia, mas será realmente adequado o Judiciário tomar decisões políticas? Se sim, haveria limites? As decisões que fazem “justiça social” são um paradoxo, pois fere a legitimidade democrática, desequilibra a administração pública, além de serem contra majoritárias. O fato de uma decisão judicial ser contra majoritária não causa espécie, mas em se tratando de uma decisão política, sim.

Para o Supremo Tribunal Federal, que tem a função de zelar pela proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais, o cumprimento de sua tarefa, como afirma Gilmar Ferreira Mendes, “não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático”⁵⁵.

No entendimento do Supremo “não há judicialização da política quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”⁵⁶. A seu ver a jurisdição constitucional não é exercida em detrimento dos demais Poderes, ao contrário, a tensão entre legislador democrático e jurisdição constitucional é o que torna possível o desenvolvimento de uma sociedade aberta e plural.

O Ministro Celso de Mello destacou no ato solene de posse de presidente do Supremo, Ministro Carlos Ayres Britto, hoje aposentado, que:

É importante enfatizar, *bem por isso*, Senhor Presidente, em virtude da elevada missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder – mesmo quando surgidos no contexto de processos

⁵⁵MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 17 jan. 2013.

⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 17 jan. 2013.

políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de comandos estabelecidos na própria Lei Fundamental do Estado, como aqueles que asseguram direitos e garantias ou que impõem *limites intransponíveis* ao exercício do poder.

O que se mostra imperioso proclamar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados *de quaisquer* pessoas, eis que, *na fórmula política do regime democrático*, nenhum dos Poderes da República é imune ao império das leis e à força hierárquica da Constituição.⁵⁷

O fato é um só, Senhor Presidente: quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. Esse comportamento, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer, como não tem permanecido, indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional.⁵⁸

Esses argumentos não são restritos apenas ao órgão de cúpula, conforme trechos de decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal *in verbis*:

Ao judiciário cumpre velar pelo cumprimento dos preceitos constitucionais quando houver omissão por parte da administração, acarretando lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos, dentre eles, o direito à saúde.⁵⁹

Além deste julgado, diversos outros seguem no mesmo sentido. Entretanto, o argumento de que esse tipo de decisão aborda questão de direito uma vez que infringe preceitos constitucionais, ao invés de questão política é questionável, pois quando se trata da substituição da política pública adotada ou da criação de uma nova, o conflito entre política e direito se acirra.

Toda a problemática se deve ao fato de que os direitos fundamentais sociais têm estrita ligação com a política, especialmente quando se trata de *direitos prestacionais em*

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁵⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 631771, processo n. 20100111925764RMO, relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, julgado em 31 out. 2012, p. 214.

*sentido estrito*⁶⁰, como assim denomina Alexy. A função de prestação pode dividir-se em direitos a prestação jurídica e direitos a prestação material, esta última refere-se aos direitos prestacionais em sentido estrito ou os direitos sociais por excelência, este último denominado por Vieira de Andrade em *Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976*. Os direitos sociais que exigem uma prestação do Estado trazem um custo para a sociedade e as decisões judiciais, contraditoriamente, trazem um custo maior ainda.

Gilmar Ferreira Mendes ao abordar os direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas indaga que:

“[...] se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente”⁶¹.

Destaca ainda que:

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política. Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (“Vorbehalt des finanziell Möglichen”).

Assim, é importante compreender o grau de vinculação ou não-vinculação do direito à saúde.

Quando Alexy elabora a estruturação⁶² dos direitos sociais que exigem o dever de prestação, os divide em vinculante subjetivo definitivo ou *prima facie*, vinculante objetivo definitivo ou *prima facie*, não-vinculante subjetivo definitivo ou *prima facie* e não-vinculante objetivo definitivo ou *prima facie*. Acrescenta que a proteção mais intensa é em relação às normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações e a proteção mais fraca é em relação às normas não-vinculantes que impõe ao Estado o dever objetivo *prima facie* de prestação.

Por norma definitiva entenda-se como norma com baixo grau de abstração, suscetíveis de aplicação direta, vinculativas, que já foram ponderadas, portanto, definitivas.

⁶⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 499.

⁶¹MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁶²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 501.

Isto é, não está mais sujeita à valoração. Já as normas *prima facie* possuem grau de abstração relativamente elevado, são vagos e indeterminados, ainda não foram ponderados, portanto, exigem a valoração por parte de seu aplicador.⁶³

Se se entender o direito à saúde como direito de proteção máxima, então haverá a possibilidade de transferência de poder do legislativo para o Poder Judiciário, pois o Legislativo incorreria sempre em omissão inconstitucional, no entanto, não parece que foi essa a intenção do legislador, até porque se se vislumbrar nos direitos sociais a máxima proteção certamente o Estado estaria fatalmente destinado ao colapso. Também certamente não se pretendeu dar ao direito à saúde o grau mínimo de proteção, sob pena de se tornarem simples texto normativo sem eficácia alguma, ou, nos dizeres de Ferdinand Lassale, simples pedaço de papel⁶⁴.

A própria orientação jurisprudencial e atuação do Estado levam a crer que não foi essa a intenção do Constituinte Originário. Mas, então, qual seria o grau de vinculação do direito à saúde? Não se pode considerar que sejam direitos meramente objetivos, pois é possível que haja o direito subjetivo do cidadão de requerer em juízo a prestação do direito à saúde para a proteção do direito à vida individual. Se se considerar que é uma norma não-vinculante haveria a atuação política em detrimento do direito e o argumento de norma de conteúdo programático deveria prevalecer, se tornando mais uma vez uma norma sem eficácia ou mero pedaço de papel. E, se assim o fosse, desnecessário seria incluir o direito à saúde na Constituição.

Então, com base no processo histórico que culminou na inclusão dos direitos sociais, faz-se crer que a vontade do Constituinte era dar ao direito à saúde caráter de vinculação. Assim, por exclusão, o direito à saúde deve ser considerado como um direito vinculante (por isso não deve prevalecer o simples argumento de norma de conteúdo programático no sentido de desobrigar sua concretização), subjetivo (o caráter meramente objetivo fica afastado em razão da força e prevalência que a Constituição tem atualmente) e *prima facie* (pois se considerar como definitivo o Estado teria que exigir do cidadão uma carga tributária absurda para conseguir atender a todos com plenitude).

⁶³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

⁶⁴LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: Minelli, 2003. p. 34.

Por se tratar de norma *prima facie* a atuação do Judiciário não pode ser afastada, tampouco a atuação do Executivo ou Legislativo. O legislador fica vinculado de tal forma que a liberdade do poder de conformação se torna restrito e fica obrigado a elaborar as normas que darão efetividade ao direito à saúde. O gestor público (Poder Executivo) tem a obrigação de executar as leis, elaborar e implementar políticas públicas para a efetivação do direito à saúde. Por fim, o Judiciário deve zelar por esse direito para que não ajam excessos por abuso do poder discricionário.

Entretanto, isso não autoriza o Judiciário a tomar decisões políticas. Deve-se ter como regra o princípio da autolimitação judicial (*judicial self-restraint*) em que, como assevera Canotilho, “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”⁶⁵. Isso não significa dizer que tais questões estão imunes ao controle jurisdicional, mas apenas as questões políticas devem ser decididas pelos Poderes competentes e que o Judiciário só agirá em caso de excessos ou insuficiências.

Se houver a elaboração da política pública por parte do Poder competente, o Judiciário apenas determinará o seu cumprimento, se, no entanto, não houver a elaboração da política, será suscitado a se posicionar e aqui pode haver a prática do ativismo judicial.

Mesmo a exigência de se proteger o mínimo do direito à saúde impõe grande impacto financeiro, mas isso por si só não pode afastar a necessidade de proteção desse direito, assim como o caráter programático não pode ser invocado para afastar sua aplicação. Todavia, a decisão política do Judiciário pode implicar em impacto financeiro maior ainda, portanto, preserva-se a ideia mais conservadora de que ao Poder Judiciário é vedado, em regra, elaborar políticas públicas, até mesmo por respeito à separação dos poderes.

2.2 A judicialização do direito à saúde

Ao conceito de judicialização, Luís Roberto Barroso diz significar que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Esse processo pode também ser denominado judicialização da política.

65CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1309.

Uma das causas do crescente processo de judicialização foi o advento da Constituição da República de 1988, que incluiu diversos direitos fundamentais, até então não constitucionalizados, resultando na denominada *constitucionalização abrangente*⁶⁶. Isso verifica-se principalmente em relação aos direitos prestacionais que exigem do Estado a elaboração de políticas públicas. Outro fator contributivo foi o crescimento em importância do Poder Judiciário que se tornou mais presente e mais procurado pela população para a resolução de conflitos.

Assim, uma vez que um direito é assegurado pela Carta Magna torna-se possível judicializar a efetivação desse direito. Contudo, exercer o direito de ação – que é um direito subjetivo – não significa o resultado certo do direito material, especialmente quando se trata de um tema tão sensível, em que exigirá a análise de vários elementos, especialmente o político.

Em entrevista concedida, a renomada processualista, Ada Pellegrini Gringover, destacou que:

[...] há, sem dúvida, uma omissão legislativa muito grande. Nos temas polêmicos do Brasil, embora haja diversos projetos de lei no Congresso tentando resolver os assuntos, o Legislativo não legisla união homoafetiva nem limites do controle de política pública. O Judiciário ocupa o lugar que seria do Legislativo, e o STF tem decidido questões que o Legislativo deixou de decidir. E isso acarreta na excessiva judicialização dos conflitos. Tudo vai parar no Poder Judiciário, porque o Legislativo não resolve ou porque a Administração Pública se omite. Em outros países, como na França, tudo relativo a pedidos da área da saúde, por exemplo, é decidido administrativamente.⁶⁷

No entanto, nem sempre a omissão ou a burocratização serão elementos únicos para a judicialização. É possível também que o cidadão requeira o melhor tratamento disponível no mercado e isso deve ao fato da amplitude do conteúdo essencial do direito a saúde. Ressalta-se que nesse caso o cidadão pode até ter direito ao melhor tratamento existente, mas em uma sociedade como a nossa, que ainda tem diversos problemas sociais, torna-se insustentável a efetivação dessa hipótese.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

⁶⁷BEZERRA, Elton; SCOCUGLIA, Livia. Se CPC ficar como está, melhor não sai. *Revista Consultor Jurídico*, 21 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-21/entrevista-ada-pellegrini-grinover-processualista#autores>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

O processo de judicialização da saúde envolve, em regra, questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias, custeio de tratamentos e criação de vagas em Unidade de Terapia Intensiva.

A problemática da judicialização retrata um problema de ordem social, política, econômica e jurídica – não merece atenção apenas por parte dos operadores do direito que tem que solucionar as demandas, mas principalmente dos gestores públicos, legisladores e sociedade. Envolve inclusive a sociedade na medida em que é inerte em relação à cobrança dos demais Poderes e opta por cobrar medidas apenas do Judiciário.

O processo de judicialização do direito à saúde ganhou contornos tão acentuados que no ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal convocou uma Audiência Pública, cuja finalidade foi promover a participação de todos os segmentos da sociedade para solucionar com uma ação em conjunto. Por óbvio, não cumpre apenas ao Judiciário em ações individuais proferir decisões, ao contrário, há situações que o Judiciário não é legitimado a atuar.

Apenas para mensurar o crescimento do processo de judicialização do direito a saúde, o Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Tostes de Alencar indicou, em manifestação na Audiência Pública, que a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro recebeu naquele ano uma média de 40 novas ações de medicamentos por dia.⁶⁸

Assim, a judicialização intumesce todo o judiciário e acaba por tornar ainda mais desigual o acesso à saúde, na medida em que passa a ser garantia apenas daqueles que ingressam no judiciário, pois àqueles que não o fazem restará o acesso precário ao sistema, cuja disponibilidade orçamentária é reduzida cada vez que o Estado ou Município recebe uma condenação judicial.

Imagine a situação em que todos os magistrados do Brasil julgassem procedentes os pedidos para a concessão de um tratamento específico, concessão de medicamento ou realização de cirurgia, instalar-se-ia um verdadeiro caos, pois não haveria dotação orçamentária suficiente para cobrir todas as condenações em ações individuais, tão pouco haveria recursos para investir na saúde para a coletividade.

Assim, o cerne da questão não pode residir apenas na judicialização do direito à saúde, mas na repercussão do teor das decisões que por vezes desconhecem o

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – Saúde*, Brasília, 2009, p.197.

funcionamento do Sistema Único de Saúde e olvidam-se de outros aspectos proeminentes como o impacto financeiro, a separação de poderes e a colisão com outros direitos, além de substituírem a vontade da Administração que é eminentemente política.

Desse modo, a judicialização pode ganhar contornos negativos e resultar em problemas de outra magnitude, a depender, claro, do teor da decisão proferida pelo magistrado que pode dar azo ao fenômeno denominado pela doutrina de ativismo judicial. O que diferencia a judicialização do ativismo é que o primeiro surge por vontade do cidadão de demandar em juízo e o segundo por vontade do magistrado de atuar.

Quando o Judiciário está legitimado a agir e o faz dentro dos limites do direito, respeitando a regra da proporcionalidade não há motivos para discussões. Se a política já tiver sido elaborada, aí sim será uma questão exclusivamente de direito. Entretanto, quando age além dos limites do direito ou quando não estava legitimado a agir ocasiona repercussões no mundo jurídico e político, abrindo espaço para falar-se em ativismo judicial.

2.3 Ativismo judicial: breves considerações

O ativismo não é um fenômeno restrito ao órgão judicante brasileiro. O grande marco do ativismo judicial é o caso *Lochner vs. New York* em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inválida uma lei de Nova York que limitava a 60 horas a jornada de trabalho que os padeiros poderiam cumprir semanalmente, sendo que a Décima Quarta Emenda norte-americana não impedia que o legislador impusesse determinadas limitações nesse sentido⁶⁹.

O Caso *Lochner* foi uma das decisões mais controvertidas da Suprema Corte, o que acabou por denominar-se esse período de decisões questionáveis de Era *Lochner*. Nesse julgamento, o Justice Oliver Wendell Holmes Jr dissentiu da maioria e os acusou de praticarem *judicial activism*.⁷⁰

Na lição do renomado Professor e Procurador do Estado de São Paulo Elival da Silva Ramos, o ativismo reputa-se a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, da função administrativa e até mesmo da

⁶⁹TEIXEIRA. Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo Jan./Jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 7 jul. 2012.

⁷⁰*Lochner v. New York*. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York>. Acesso em: 12 jul. 2012.

função de governo. Em sua ótica, trata-se da descaracterização da função típica do Poder Judiciário “com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁷¹. Destaca ainda que:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incube, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.⁷²

Para Luís Roberto Barroso ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁷³. Em sua ótica:

[...]é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.⁷⁴

2.3.1 A divergência doutrinária sobre o ativismo judicial

A doutrina não é uníssona em relação ao ativismo judicial. Mauro Cappelletti em “Juízes legisladores?” pondera que a atividade criativa do juiz diante de preceito normativo “vago, fluido e programático” consubstancia uma relação de *check and balances* e que essa atividade ativista não pode se confundir com a atividade legislativa ou executiva, pois a atuação do juiz estaria condicionada à iniciativa da parte.⁷⁵

A divergência não se restringe à doutrina brasileira. Bradley C. Canon com base em estudos da doutrina norte americana, que também é divergente, concluiu que são dois os fatores levam a uma diversificação sobre a maneira como o tema é abordado, primeiro, a

⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.117.

⁷² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 92.

maneira significativa como as Cortes alteram a política pública e, segundo, a ilegitimidade em termos das atribuições do Poder Judiciário:

First, judicial activism is often seen as a significant court-generated change in public policy. The court is literally active in public policy. When a court strikes down laws or overrules precedents or institutes cross-town busing or prison reforms, it by definition changes public policy. The second factor is illegitimacy. An activist decision is one perceived as illegitimate in terms of one or more commonly articulated beliefs about the proper role of the judiciary, and especially the Supreme Court, in the American constitutional system.⁷⁶

No que diz respeito ao direito à saúde, considera-se ativista a decisão judicial que elabora uma política pública determinando a concessão de um medicamento ou tratamento não incluído na lista do SUS, impactando diretamente na decisão política. Os fundamentos dessas decisões geralmente sustentam que se o Estado foi omissivo e essa omissão foi inconstitucional e não poderia o Judiciário também quedar-se inerte para não incorrer na omissão judicial por desrespeito ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. No entanto, incumbe questionar que nem sempre a omissão será inconstitucional, a omissão pode ser também uma escolha política, e ainda que seja inconstitucional, a decisão que supre a insuficiência deve ser muito bem fundamentada e respaldada pela aplicação da regra da proporcionalidade, buscando substituir a criação de políticas públicas pelo judiciário por alguma outra política já existente que garanta o mínimo, a proteção da vida. Essas cautelas são necessárias para evitar todas as consequências negativas que a doutrina corretamente levanta.

O Professor Elival acentua uma problemática acerca da atuação ativista do judiciário: ao contrário do que ocorre na discricionariedade legislativa e administrativa, o juiz não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política, mas sim de qual seria a solução mais justa para o caso, procurando refletir a consciência jurídica e não a justiça social.⁷⁷

Isso porque o administrador público tem discricionariedade para alocar os recursos e as decisões do judiciário muitas vezes alteram substancialmente a escolha feita pelo administrador.⁷⁸

⁷⁶CANON, Bradley C. Defining the dimension of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec/Jan, 1983.

⁷⁷RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

⁷⁸RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140

Acerca dessas considerações o Professor Fabrício Juliano Mendes Medeiros tece importantes considerações:

[...] o processo de elaboração de políticas públicas leva em consideração um elemento que, pelo menos em tese, não deveria presidir a atividade do magistrado: o elemento político. Se é assim, cabe perguntar: a elaboração de políticas públicas pelo Judiciário considera o conteúdo marcadamente político desse processo? Sendo afirmativa a resposta, não se poderia dizer que atuando nesse processo de elaboração de política pública o Poder Judiciário passa a ostentar um perfil acentuadamente político, o que terminaria por comprometer a sua necessária imparcialidade?⁷⁹

A elaboração de política pública é um processo complexo, deve-se levar em consideração a alocação dos recursos, custo-benefício e aspectos políticos. O Judiciário não dispõe de conhecimento técnico adequado para formular políticas públicas⁸⁰, ao contrário do legislativo e executivo, que possuem ou ao menos deveriam possuir mecanismos para desenvolver e implementá-las. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS – CONITEC, por exemplo, segue as determinações legais com a participação de especialistas que fazem um estudo sobre a necessidade, viabilidade e efetividade da inclusão de determinado medicamento na lista do SUS. A incorporação de medicamentos não é feita de um dia para outro, sem estudos específicos.

Além disso, não consta nas competências do Judiciário a elaboração de política pública ou tomada de decisões políticas.

O julgador quando atua como legislador positivo faz prevalecer o seu juízo de discricionariedade sobre os demais poderes ferindo o sistema de freios e contrapesos prejudicando o funcionamento da Administração, que será obrigada a destinar recursos para a pequena parcela que optou por recorrer ao Judiciário, quanto àqueles que se aquiesceram restarão prejudicados. Ademais, essa sobreposição de um Poder sobre o outro desequilibra a balança harmônica dos Poderes.

Sobre isso o Professor Elival da Silva Ramos diz que:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação deslocada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a

⁷⁹MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 37.

⁸⁰MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 37.

obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, pratica essa cuja gravidade fala por si só.⁸¹

O Desembargador Federal Néviton Guedes destaca que

[...] essa maior desenvoltura política dos órgãos jurisdicionais acaba por suscitar uma série de graves problemas à vida das democracias, entre os quais, certamente, se destaca a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de “*political accountability*” (responsabilização política).⁸²

Em suma, os que apoiam as práticas ativistas geralmente argumentam, em regra, que a prestação do direito à saúde visa a proteção do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Os que sustentam a prevalência do meio termo esbarram na seguinte problemática suscitada por Virgílio Afonso da Silva:

O grande problema, na área dos direitos sociais, é que o meio termo é frequentemente encarado por meio da seguinte divisão de tarefas: o governo tem prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário, complementa-la e corrigi-la. A maioria das “histórias de sucesso” acima mencionadas seguem esse modelo. Ocorre que, ao contrário do que muitos crêem, esse modelo não representa um meio termo. Pelo contrário, ele representa a visão baseada na crença de que o ativismo judicial é a melhor forma de proteger os direitos sociais e econômicos.⁸³

Noutro turno, aqueles que militam contra a prática do ativismo argumentam ofensa à separação dos poderes, desrespeito à disponibilidade financeira, ofensa à igualdade e tomada de decisão inconsequentemente por não haver o conhecimento técnico adequado, a isso pode-se incluir ofensa a diversos outros direitos, pois todos os argumentos utilizados em prol do ativismo, como a proteção do direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana devem ser utilizados também contrário ao ativismo, uma vez que ao proteger o direito de um haverá ofensa ao direito de vários.

⁸¹RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

⁸²GUEDES, Néviton.. Juiz entre ativismo judicial e autocontenção *Revista Consultor Jurídico*, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?imprimir=1>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

⁸³SILVA, Virgílio Afonso. *Judiciário e políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 587-599.

2.3.2 O dilema da omissão Judicial

Há quem defenda que se o Judiciário não agir incorrerá em omissão inconstitucional, portanto, deve agir, e, nesse caso, estaria respaldado pela própria Constituição, não havendo que se falar em ativismo judicial ou então fala-se em ativismo necessário.

O discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello no ato da posse do Ministro Ayres Britto à presidência do Supremo Tribunal Federal retrata bem esse posicionamento:

Nem se alegue, *em tal situação*, a ocorrência de *ativismo judicial* por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam *esse comportamento afirmativo* do Poder Judiciário, de que resulta *uma positiva construção jurisprudencial* ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada *por inadmissível omissão* dos poderes públicos.

Em uma palavra, Senhor Presidente: *práticas de ativismo judicial*, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema e *momentos excepcionais*, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, *excessivamente*, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.⁸⁴

A defesa dos direitos fundamentais é função precípua do Poder Judiciário, eis que lhe incumbe defender os direitos de lesão ou ameaça (art. 5^a, XXXV, CF), por isso os tribunais “detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes”⁸⁵. Está o Judiciário vinculado à defesa dos direitos fundamentais, então, assim como assinala Paulo Gustavo Gonet, as Cortes têm o “dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível”.

Pelo princípio da supremacia da constituição, todas as situações jurídicas e políticas devem estar em conformidade com a lei fundamental. Quando não há essa conformidade, surge a inconstitucionalidade, que pode ser em decorrência de uma atuação positiva desconforme ou de uma omissão, quando o comando fundamental determina uma ação. Em outros termos, a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou por omissão.

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁸⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.173

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há o comando constitucional de ação por parte do Legislativo ou do Executivo, mas ambos se omitem e se abstêm da prática de qualquer ato. Por exemplo, a Constituição reconhece o direito à saúde e determina que é dever do Estado, mas para concretizar esse direito na realidade é necessário editar normas, formular políticas públicas e implementá-las, quando isso não ocorre há quem defenda a omissão inconstitucional.

Entretanto, ressalta-se que geralmente as políticas são sim elaboradas e não tem como o Estado estar atualizado simultaneamente com os avanços da medicina, até porque o sistema gerencial da máquina estatal é burocrático. Neste caso, o Estado deve fazer prova de que suas políticas e opções de investimento buscam garantir a prestação para a maior parte da população, o que não configuraria a omissão inconstitucional.

Para sanar as omissões inconstitucionais a Constituição Federal no art. 103 prevê a possibilidade da interposição de ação de inconstitucionalidade por omissão, todavia, o rol de legitimados para sua interposição é restrito, excluindo os cidadãos. Há também a possibilidade do manejo do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI da Constituição, podendo ser proposta por qualquer cidadão ante a falta de uma norma regulamentadora para o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

O Mandado de Injunção é um instituo novo e muito se discute acerca do seu conteúdo e dos limites da decisão proferida, se deve o Supremo Tribunal Federal apenas reconhecer a omissão, declarar a mora legislativa ou se, além disso, deve suprir a lacuna legislativa. Inicialmente o Supremo apenas reconhecia a existência da omissão, mas como não surtia efeitos práticos e o cidadão continuava desamparado, passou a declarar a mora do legislativo, mas também não logrou êxito, pois de todos os comunicados feitos em ordem de suprir a omissão até hoje nenhuma solicitação foi atendida.

Em razão da total inércia do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal passou a suprir a lacuna legislativa. Por exemplo, no julgamento de três mandados de injunção, MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA, impetrados para garantir o direito de greve dos servidores públicos, o Supremo propôs a solução para omissão legislativa e aplicou no que coubesse a lei de greve da iniciativa privada ao serviço público.

Muito se discute sobre o teor dessas decisões – não só em sede de mandado de injunção, mas também das decisões em ações ordinárias – se exorbitam a atividade

precípua do Poder Judiciário, se usurpam a competência dos demais poderes, se incumbe ao Judiciário legislar. Isso porque, se conceder a tutela pretendida pela parte estará tomando uma decisão política, ainda que o propósito seja apenas assegurar um direito constitucional, uma aparente *questão de direito*.

Em justificativa que se fundamenta na Constituição, sobre a inércia do Estado e a necessária intervenção do Judiciário, o Ministro Relator Celso de Mello ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 do Distrito Federal entendeu o seguinte:

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 a 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 irredutível 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 injustamente recusada pelo Estado. [...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifo do autor)⁸⁶

Ocorre que se a omissão foi uma opção política, dentro dos critérios da discricionariedade da decisão e da disponibilidade orçamentária, todos os argumentos que sustentam a atuação judicial restam prejudicados, pois não haveria a omissão inconstitucional. Para demonstrar a escolha política feita, seria necessário demonstrar a disponibilidade orçamentária e os gastos a serem realizados na área da saúde. Em uma demanda que se questiona a ausência de determinado medicamento, seria necessário também demonstrar o porque daquele medicamento não ter sido incluído e quais as outras opções que supririam esse medicamento.

Não se sustentam meras alegações de um ou outro lado.

A Constituição não expressa que deve o Judiciário atuar quando da omissão dos demais Poderes, todavia determina que o Judiciário não deverá excluir de sua apreciação a lesão ou ameaça de direito⁸⁷. O fundamento do art. 5º é habitualmente utilizado como justificativa da atuação em decisões ativistas. O entendimento jurisprudencial, como já mencionado, é no sentido de que quando houver a omissão dos demais poderes, cumpre ao Judiciário atuar para que não incorra também em omissão. Todavia, essa atuação deve ser feita com muita cautela, pois a omissão inconstitucional pode se transformar em constitucionalidade por omissão.

As decisões em prol da elaboração da política pública no lugar do órgão competente fazem uma análise superficial e levam em consideração um caso individual e a vontade de fazer justiça, sem atentar-se para outras questões, como a repartição de competência, disponibilidade financeira, o grau de abstração em favor da coletividade e ofensa a outros direitos, contraditoriamente, os mesmos a que se pretende proteger, mas de outro indivíduo.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

⁸⁷BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV.

2.4 Limites da atuação jurisdicional

A busca pela proteção máxima da Constituição resultou na necessária intervenção do Judiciário na garantia de efetivação do direito à saúde. O Desembargador Federal e Professor, Néviton Guedes, em referência à obra de Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges*, atribui a prática do ativismo ao “rápido crescimento das políticas de bem-estar (*welfare policies*) nas sociedades contemporâneas”, pois levaria à necessária “ampliação do âmbito de atuação dos tribunais, conferindo-lhes tarefas tradicionalmente não compreendidas como adequadas à função jurisdicional.”⁸⁸

Acrescenta ainda:

Essa ampliação heterodoxa das funções dos magistrados, entretanto, além das restrições de ordem estritamente jurídico-constitucional, encontra (ou deveria encontrar) limites de ordem funcional, pois nenhum sistema pode sobreviver a uma tão intensa indeterminação (aleatoriedade) de suas tarefas e funções. A indistinção funcional das decisões judiciárias faz com que o direito tenha que pagar o alto preço de não cumprir a sua principal função social, que é a de estabilizar normativamente as expectativas humanas.⁸⁹

O ativismo judicial traz consequências extremamente prejudiciais para o direito e por consequência para a sociedade. Como bem posto pelo Ilustre Professor, essa indeterminação contribui para a insegurança jurídica.

Deve-se levar em consideração que a ausência de determinada política pública pode ser fruto de uma simples opção política em não elaborá-la dado a discricionariedade em alocar os recursos, respeitando-se, evidentemente, o mínimo vital; ou então, pode ser fruto da ineficiência do Poder Público que não envidou esforços para acompanhar as necessidades da população e o avanço tecnológico e acabou por se tornar omissivo. Em ambos os casos, quando se fizer extremamente necessária a atuação jurisdicional é elementar aplicar a regra da proporcionalidade, ao invés de julgar ao revés da norma

Ressalta-se que no modelo de direitos fundamentais sociais proposto por Alexy, a intervenção do Judiciário nesse caso se limitaria apenas estabelecer prazo para que

⁸⁸GUEDES, Néviton. Juiz entre ativismo judicial e autocontenção. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?imprimir=1>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

⁸⁹GUEDES, Néviton. Juiz entre ativismo judicial e autocontenção. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?imprimir=1>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

ocorra uma *legislação compatível com a Constituição*⁹⁰. Entretanto, bem se sabe que essa solução seria totalmente ineficiente em nosso sistema, ainda mais quando se trata de medidas que requeiram urgência, mas ainda assim a atuação não deve ser sem parâmetros.

Em um estudo de caso, Virgílio Afonso da Silva retratou exatamente o entendimento adotado neste trabalho:

O estudo constatou que “nos casos de concessão [de medicamentos], em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como individual”⁹¹. Além disso, em geral os juízes não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo.⁹²

Traçando as consequências da decisão ativista é possível determinar os limites de atuação do Judiciário. Para tanto é necessário mencionar novamente o estudo de caso de Virgílio Afonso da Silva, que contribui amplamente para a discussão:

Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes.⁹³

Não se pretende neste trabalho querer que o Judiciário simplesmente fique inerte, mas sim que decida com mais cautela e ponderação, levando em consideração as políticas adotadas e evitando conceder os tratamentos mais caros, quando outros menos custosos existem. Se não houver a elaboração da política pública deve-se averiguar o porquê e se outras políticas foram adotadas para efetivar o direito à saúde.

O que o Judiciário não deve fazer é ignorar uma política já existente, sob pena de violar claramente os direitos coletivos e acentuar ainda mais a desigualdade social, e,

⁹⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 514.

⁹¹PET-FD-USP, *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso da AIDS*, 2004, p.24 (grifo do autor).

⁹²SILVA, Virgílio Afonso. *Judiciário e políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 587-599.

⁹³SILVA, Virgílio Afonso. *Judiciário e políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 587-599.

ao argumento de consolidar o direito individual de um prejudicando o direito coletivo de vários.

Quando da inexistência de qualquer política pública é sempre bom lembrar que o Estado está sujeito à responsabilização política. A efetivação dos direitos sociais deve seguir os mesmos caminhos dos direitos individuais, qual seja o clamor social, mas não através do Judiciário e sim por meio de clamor aos órgãos competentes para a elaboração e implementação de políticas públicas. A atuação do Judiciário quando se fizer imprescindível deve visar a mínima interferência possível e sempre minimizando ao máximo suas consequências perante a sociedade. Convém rememorar que o direito à saúde não determina o grau de vinculação – proteção – máxima.

Para finalizar, convém lembrar também que um juiz ao tomar uma decisão deve elevar sua consciência e questionar se aquela mesma decisão fosse a mesma de vários outros magistrados como seria a viabilidade de execução. Sobre isso é necessário lembrar a moral kantiana que se traduz na máxima denominada de imperativo categórico: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”⁹⁴.

Assim, se todos os juízes considerarem fazer “justiça social” ao revés da deferência às normas, imbuídos pela emoção e concederem todos os pleitos relacionados ao direito à saúde, não haveria recursos suficientes para a execução dessas sentenças e o direito à saúde estaria fadado não só à ineficácia, mas também ao abismo maior da desigualdade.

⁹⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Portugal: Edições 70, 1999. p. 42.

3 A POSSIBILIDADE DE COLISÃO, RESTRICÇÃO E SOPESAMENTO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988 tem um rol extenso de direitos fundamentais, com isso, sempre que um direito fundamental for exercitado outro será sacrificado. As próprias relações sociais ou jurídicas impõem, por vezes, colisões e consequentes restrições aos direitos fundamentais. Tanto é que a Assembleia Constituinte, o poder que tudo pode⁹⁵, ao cuidar das cláusulas pétreas ou cláusulas de imutabilidade disciplinou no art. 60, §4º da Constituição que tais cláusulas não poderiam ser abolidas. Frise-se que o Poder Originário utilizou sabiamente o termo abolição, optando, propositalmente, por não incluir restrições, pois ao tratar de direitos fundamentais não há caminho que não leve a uma eventual colisão de direitos e, portanto, faz-se imprescindível em determinado momento a restrição de um ou outro direito fundamental para que um deles seja exercitado, o que os caracteriza como sendo não absolutos.

Nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, nem mesmo o direito à vida, fato que retrata isso claramente, além das disposições do Código Penal, é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de aborto de anencéfalo⁹⁶.

Esse fenômeno oriundo das sociedades complexas – entenda-se paradoxal – aplica-se tanto aos direitos fundamentais individuais quanto os direitos fundamentais sociais. Na colisão, como destaca Gilmar Ferreira Mendes, duas posições são protegidas como direitos fundamentais diferentes e no caso dos direitos sociais por direitos iguais, como o direito à saúde de x contra o direito à saúde de y.

Quando a colisão se dá entre regras o caminho para a solução do conflito é a validade de uma ou outra, todavia, quando a colisão se dá entre princípios o caminho é a ponderação e para realiza-la é preciso definir o âmbito de proteção de cada norma. No que pese ser possível a colisão tanto das normas fundamentais individuais quanto das normas fundamentais sociais, o caminho a ser percorrido destas é distinto.

⁹⁵BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

Inicialmente, assim como nos direitos individuais, é preciso estabelecer o âmbito de proteção de cada norma, ou seja, visualizar a situação fática que o *poder que tudo pode* escolheu proteger. Entretanto, como mencionado, definir esse âmbito dentro das normas fundamentais sociais impõe um único caminho, qual seja a proteção do mínimo, pois a proteção do máximo impõe a inevitável crise econômica.

Frisa-se que quanto maior for o âmbito de proteção de um direito, maior será a possibilidade de incidência de restrições. É por isso que o fundamental nos direitos sociais será preservar sempre o conteúdo essencial, para que o direito fundamental não se esvazie e para evitar desigualdades e violações a outros direitos no caso de se proteger além do mínimo.

3.1 Mínimo Existencial: o direito à saúde concretizado como direito individual ou direito coletivo

O direito à saúde como disposto na Constituição garante o acesso universal e igualitário sob a perspectiva da coletividade, traduzindo a dimensão objetiva que impõe ao Estado o dever de prestação, todavia, também é inegável a existência das feições individualistas da dimensão subjetiva, que gera o direito subjetivo da pretensão individual, mas, por se tratar de direito social deve ser exercido com algumas peculiaridades.

As peculiaridades residem na possibilidade financeira do Estado – que por consequência podem colidir com a igualdade e liberdade, uma vez que para atender todas as pretensões os impostos teriam que ser majorados para obter maior captação de recursos e suprir a carência de recursos – e na própria colisão da prestação do direito à saúde com o próprio direito à saúde individual ou coletiva ou até mesmo com outros direitos fundamentais.

Ainda que sujeito a todas essas peculiaridades, assim como qualquer direito fundamental, o direito à saúde não pode ter seu conteúdo essencial esvaziado, deve se preservar um valor mínimo. O mínimo existencial é o núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, a única parte que não pode ser restringida.

A concepção de mínimo existencial dentro dos direitos fundamentais foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão e no Brasil seu grande precursor foi Ricardo Lobo Torres que dedicou a obra *O direito ao mínimo existencial* para tratar amplamente sobre o tema.

Conforme elucida Ricardo Lobo Torres:

[...]o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos⁹⁷.

O direito ao mínimo existencial não está consubstanciado como regra expressa na Constituição, mas é uma decorrência lógica dos princípios de direitos fundamentais, como bem destaca Ricardo Lobo Torres em sua obra *O direito ao mínimo existencial* e, como visto, é fruto da criação jurisprudencial e doutrinária, sendo amplamente aceita e reconhecida. Inclusive na Lei n. 8.742/93 há menção expressa ao mínimo existencial, mas com a nomenclatura de *mínimos sociais*.

A aplicação parte do parâmetro da própria Constituição, especialmente da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial segundo Ricardo Lobo Torres e Martin Borowski é regra⁹⁸, pois se aplica por subsunção e seria direito definitivo, insuscetível de ponderação. Conforme bem posto por Luís Roberto Barroso “por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador”⁹⁹.

Alexy analisa o mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo vinculante e em relação aos direitos sociais os divide entre programas mínimos e máximos. Neste haveria a plena realização do direito e naquele compreenderia o espaço vital mínimo.

Em um Estado que não haja desigualdades sociais seria possível exigir como mínimo o máximo, ou seja, exigir como mínimo existencial um tratamento de saúde pleno, com as mais novas técnicas, todavia, essa hipótese nada mais é do que mera utopia. No Brasil, o direito social à saúde compreende o *espaço vital mínimo*.

A elaboração de políticas públicas universalistas prescinde da elaboração de programação orçamentária, que é muito mais complexa de se elaborar do que a programação orçamentária que lida com a proteção e defesa de direitos fundamentais individuais. Por essa razão, não é possível conceder um direito social a um indivíduo como se estivesse julgando

⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.316.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

uma lide que envolve direito fundamental individual. O tratamento deve ser diferenciado, devendo o Judiciário nesses casos agir com muita cautela e certa contenção.

As decisões judiciais ao não se atentarem para a garantia apenas do mínimo existencial, quando decidem em uma pretensão individual, acarretam, como bem posto por Ricardo Lobo, “indisfarçável injustiça com a multidão dos excluídos”¹⁰⁰. Portanto, a prestação do direito subjetivo individual à saúde deve sempre se pautar pelo *espaço mínimo vital*, sendo preferível que se determine a elaboração de política pública pelo órgão competente com o diálogo institucional do que sucessivas decisões isoladas.

Quando se decide para garantir além do mínimo existencial individual, o mínimo existencial da coletividade pode estar ameaçado, principalmente quando as decisões são sucessivas e crescentes. Ainda que seja inevitável proferir a decisão, sob pena de risco ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a decisão deve ser com base na regra da proporcionalidade para evitar violações ao mínimo existencial individual daquele que não recorre ao Judiciário e do mínimo existencial coletivo, eis que as condenações a prestações bancadas pelo Estado implicam inevitavelmente dispêndio financeiro.

3.2 Teoria da reserva do possível e mínimo existencial coletivo

Como já afirmado diversas vezes neste trabalho, o direito à saúde demanda a alocação de recursos financeiros para a sua execução e esse é o principal aspecto dos direitos sociais, a disponibilidade orçamentária.

Em função da dependência da fixação de orçamento prévio para a efetivação do direito à saúde, o Estado brasileiro frequentemente alega em sua defesa como óbice ao cumprimento das determinações judiciais a teoria da reserva do possível. De acordo com essa teoria, no Brasil, o Estado somente será obrigado a efetivar o direito à saúde se houver previsão orçamentária.

Entretanto, não basta a simples alegação, apesar de o gestor público ter discricionariedade na alocação dos recursos financeiros, não pode se imiscuir de concretizar o direito à saúde sob este argumento em si considerado. Em outras palavras, tem que ficar demonstrado que medidas estão sendo tomadas, pesquisas estão sendo feitas e que a alocação

¹⁰⁰TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.335.

de recursos está sendo feita da melhor maneira possível, sob pena de responsabilização política.

Cumprê destacar também que a Teoria da Reserva do Possível, que hoje é vulgarmente utilizada, teve origem em uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em que a Corte negou pedido de acesso universal ao ensino público superior ao argumento de que a realização de direitos sociais ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários.¹⁰¹

O limite trazido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda.¹⁰²

Note que foram estabelecidos requisitos para a aplicação da reserva do possível, quais sejam, que o mínimo esteja garantido, que o Estado comprove gestões significativas – no caso da saúde seria no sentido de comprovar ações significativas para garantir a prestação do direito à saúde –, e, por fim, a razoabilidade da demanda. Em sua origem, que deveria ter sido mantida no Brasil, não se tratava da mera reserva orçamentária:

Em primeira linha compete ao legislador julgar, ela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral [...]. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores.¹⁰³

Portanto, não basta a mera alegação de insuficiência financeira, tal teoria só merece atenção se devidamente fundamentada conforme suas origens.

Impende pontuar que no contexto do direito alemão os direitos sociais não estão expressamente constitucionalizados como no Brasil, mas isso não afasta a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, desde que, evidentemente, seja respeitado o mínimo

¹⁰¹NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p.172.

¹⁰²NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p.172.

¹⁰³SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 663-664.

existencial. A teoria da reserva do possível não pode ser usada para afastar a cobertura do mínimo existencial, seria, inclusive, um contrassenso argumentar a teoria do possível para não prestar qualquer assistência que fosse. Deve-se buscar preservar os fundamentos acima citados para o reconhecimento da reserva do possível e, conseqüentemente, o mínimo vital estará sempre garantido, pois caso o Estado alegue a reserva do possível e não haja nenhuma política pública existente que possa minimizar o sofrimento da parte, então o Estado será fatalmente condenado e responsabilizado, e, nesse caso, não haveria que se falar em ativismo, pois estaria o Judiciário legitimado a agir, tendo em vista que o Estado não demonstrou qualquer atitude ou alternativa para solucionar aquele caso e o mínimo não foi garantido.

Entretanto, a função da teoria da reserva do possível busca justamente proteger os interesses da coletividade, uma vez que a condenação à prestação individual implicará quase que na totalidade das vezes restrição aos direitos da coletividade.

Assim, ainda que aplicando a teoria do possível conforme sua origem, seguindo os requisitos de preservação do mínimo vital (i), comprovação de gestões significativas para a realização do direito social (ii) e avaliação da razoabilidade da demanda (iii), a análise deve ser feita com base no elemento da proporcionalidade para que haja a maior segurança possível de que as restrições aos direitos serão apenas as necessárias.

3.3 Análise da regra da proporcionalidade

As decisões judiciais mencionadas nesse trabalho devem ser elaboradas sob o crivo da proporcionalidade, porque implicarão em colisão com outros direitos fundamentais, mas não basta a mera menção de que se levou em consideração a proporcionalidade, pois nesse caso, poderia ser utilizada em favor de ambos os lados, do sujeito ativo ou do Estado.

Antes de prosseguir a análise da regra da proporcionalidade, incumbe distinguir o razoável do proporcional, pois ambos os conceitos com frequência se misturam. Em sentido leigo os termos podem até se misturar, formando palavras sinônimas, mas para a dogmática jurídica é imprescindível fazer as devidas distinções.

Como bem distingue Virgílio Afonso da Silva em referência a uma decisão judicial proferida na Inglaterra em 1948, o princípio ou regra da razoabilidade foi inicialmente denominado de princípio da irrazoabilidade.

Virgílio Afonso da Silva destaca que “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”¹⁰⁴. Assim, quando se tratar de colisão entre direitos fundamentais, e sempre será o caso quando se tratar de direitos sociais, o método mais lógico, racional e adequado para solucionar o caso é a aplicação da regra da proporcionalidade.

Na doutrina brasileira muito se fala em princípio da proporcionalidade e não em regra da proporcionalidade e sobre isso é importante tecer breves considerações. Aos adeptos da teoria de Robert Alexy, a norma é dividida em regras e princípios. As regras são normas definitivas que não admitem ponderação, pois o legislador já as fez, cabendo ao julgador apenas fazer a subsunção. É o que Dworkin denomina de relação de *tudo-ou-nada*¹⁰⁵. Por outro lado, os princípios são também normas, mas que ainda não foram ponderadas, são *prima facie* e serão ponderadas quando aplicadas ao caso concreto.

Este trabalho perfilha do termo adotado por Virgílio Afonso da Silva e Robert Alexy que abordam a proporcionalidade como uma regra e não princípio.

A regra da proporcionalidade, como bem explicado por Néviton Guedes,¹⁰⁶ corresponde à *proibição do excesso* (*Übermassverbot*) quando relacionado às liberdades negativas e *proibição da insuficiência* (*Untermassverbot*) quando referente às liberdades positivas. Assim, quando tratar-se da hipótese de dever de prestação do Estado no sentido de elaborar ou implementar uma política pública deve-se aplicar a proibição da insuficiência, mas, no entendimento desta dissertação, quando tratar-se de uma decisão judicial que concede o pleito ajuizado deve-se aplicar a proibição do excesso.

A regra da proporcionalidade como proibição da insuficiência é dividida¹⁰⁷, como bem definido pelo Desembargador Federal, em **eficiência ou eficácia** (i) – quando o Estado busca alguma medida apta à proteção do bem jurídico tutelado –, **suficiência** (ii) – das medidas existentes o Estado deve escolher a que melhor protege o bem jurídico com a menor restrição de outro bem – e **proporcionalidade em sentido estrito** (iii) – se as vantagens

¹⁰⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, 2002. p. 23-50.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. Levando o direito à sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

¹⁰⁶ GUEDES, Néviton. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

¹⁰⁷ GUEDES, Néviton. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

A regra da proporcionalidade como proibição do excesso também é dividida em três partes: **adequação(i)** – se o meio promove o fim –, **necessidade(ii)** – se de todos os meios disponíveis para promover o fim, não há outro menos restritivo dos direitos fundamentais afetados– **proporcionalidade em sentido estrito(iii)** – se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

O método mais simples de compreender exatamente a extensão dessas sub-regras é a análise dentro de um caso concreto.

Em 19 de março de 2012 foi veiculado na mídia¹⁰⁸ o caso de um paciente que recorreu ao órgão jurisdicional para obter a concessão de um medicamento, denominado *soliris*, para tratar uma anemia crônica causada pela decomposição extremamente rápida dos glóbulos vermelhos (HPN). A reportagem veiculada foi baseada na decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no processo n. 0034026-16.2010.8.26.0053 em sede de Mandado de Segurança, conforme trecho colacionado:

Assim, presentes os requisitos legais, concedo a liminar, determinando que a autoridade impetrada forneça ao impetrante o medicamento mencionado no pedido inicial, na quantidade e enquanto dele necessitar, sempre sob prescrição médica.

O tratamento acobertado pelo SUS para essa doença é o transplante de medula que custa em média R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Cada vidro do remédio obtido por Rafael, que será pago pelo SUS em decorrência da decisão, custa aproximadamente R\$ 11.000,00 (onze mil reais) e para realizar o tratamento são necessário 3 vidros a cada 15 dias, totalizando a média de custo de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais) por mês e R\$ 792.000,00 (setecentos e noventa e dois mil reais) por ano. Ressalta-se que o tratamento, *a priori*, será eterno, pois o medicamento não elimina a doença, apenas atenua e muito seus efeitos.

Pela sub-regra da adequação deve-se questionar se o medicamento seria o meio adequado para atingir o fim; como posto por Virgílio Afonso, o teste da adequação

¹⁰⁸SEGATO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

limita-se ao exame de sua aptidão para *fomentar* o objetivo visado¹⁰⁹. Considerar-se-á primeiramente que o fim seja exterminar a doença. Nesse caso a análise findaria no exame da adequação, pois o remédio concedido não é apto a proceder a cura, ou seja, não atinge o fim, mas minimiza os efeitos da doença. Todavia, se considerar que o fim é a redução dos efeitos da doença para que haja uma vida digna e sem sofrimento, então a resposta seria positiva, pois tanto o medicamento quanto a medula poderiam atingir esse objetivo visado. Aqui o exame reside apenas em saber se atinge ou não o fim e tão somente isso.

Na análise da sub-regra da necessidade será feito um exame comparativo. De todos os meios disponíveis o escolhido é o menos gravoso em termos de restringir outros direitos, ou seja, é realmente necessário? No caso, o meio utilizado passa sob o crivo da adequação, mas encontra óbices na necessidade, pois não deve ser considerado o menos gravoso em relação a restrição a outros direitos. A concessão desse medicamento implicará em um custo muito alto e necessariamente esse valor será retirado da parcela de investimentos que seria feito na saúde, restringindo o acesso à saúde dos demais cidadãos, além de representar claro acesso desigual ao sistema, portanto, visa a proteger o direito à saúde, vida e dignidade de um em detrimento do direito à saúde, vida e dignidade de vários.

A sub-regra da necessidade traduz a ideia de que não haja nenhum meio menos gravoso e oneroso e que se revele igualmente eficaz para atingir o fim. O transplante seria outra possibilidade que poderia resultar no mesmo fim e não implicaria em violação a direito algum, pois tal procedimento já está previsto.

A análise terminaria na sub-regra da necessidade. Todavia, ainda que se considerasse a opção adotada como adequada e necessária, o que não seria possível por violar a necessidade, o confronto com a proporcionalidade em sentido estrito implicaria no seguinte questionamento: o meio escolhido tem peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido?¹¹⁰

A jurisprudência nem sempre faz uso desses critérios objetivos para analisar a proporcionalidade e impacto de uma medida na sociedade, utilizando apenas a ideia vaga e subjetiva que se resume apenas no último critério, a proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁰⁹Da Silva, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, 2002. p. 23-50.

¹¹⁰DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, 2002. p. 23-50.

Virgílio Afonso da Silva critica a inserção vaga do “*princípio da proporcionalidade*” nas decisões judiciais:

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.¹¹¹

Portanto, a crítica que se faz é que as decisões judiciais banalizaram a aplicação da regra da proporcionalidade e frequentemente é possível verificar que os julgados a pretexto de fazer a justiça social fundamentam-se no “*princípio da proporcionalidade*” e olvidam-se de fazer a devida fundamentação lógica da regra da proporcionalidade, deixando escapar a análise racional de todas as sub-regras.

¹¹¹DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, 2002. p. 23-50.

4 CONCLUSÃO

A necessidade de concretização do direito à saúde impõe consequências no mundo jurídico, de um lado o âmagô e a dor daquele que luta para sobreviver e ter um tratamento digno, de outro, as mesmas dores do restante da sociedade que não deve ser menos importante pelo fato de não ter recorrido ao órgão jurisdicional. O grau de vinculação dos direitos fundamentais sociais demonstra que são mais do que meras normas programáticas, sem obrigação concreta por parte dos Poderes estatais, mas são normas que vinculam os três Poderes.

No que pese a vinculação dos três Poderes, a atuação do Judiciário na esfera política deve ser exercida com limites. A formulação de políticas públicas, realçadas dentro do estado de bem-estar social, é incumbência dos Poderes Executivo e Legislativo, mas com a força que ganha os direitos humanos, a população recorre ao Judiciário, dando origem ao processo de judicialização da saúde, que passa a atuar cada vez mais nas questões que envolvem os direitos sociais e conseqüentemente nas questões políticas.

Esse processo pode resultar no denominado ativismo judicial, quando o Judiciário substitui a política pública existente ou até mesmo cria uma política pública para atender ao anseio da parte requerente, objetivando garantir os preceitos constitucionais.

Entretanto, esse discurso desequilibra o orçamento público e as políticas já elaboradas. Deve-se considerar que há um procedimento a ser seguido para a elaboração da política pública, por exemplo, como a inclusão de determinado medicamento na lista do Sistema Único de Saúde feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, que leva em consideração estudos de longo prazo, com observância nos resultados sobre a efetividade e segurança das tecnologias a serem incluídas na tabela do SUS.

O Estado elabora a política pública para atender a maior parcela da população possível, mas há casos excepcionais que não são abrangidos pela cobertura estatal e nesse caso é dado ao Judiciário agir, mas ainda assim com limites. Não só nessa hipótese, mas também no caso de ineficiência e omissão estatal, o Judiciário passa a ser o ator estatal principal.

Malgrado essa possibilidade de interferência do Judiciário na questão política, que, ressalta-se nesses dois casos tratar-se de questões de direito, pois o Judiciário passa a ser legitimado; essa atuação deve passar pelo crivo da regra da proporcionalidade

quando se verificar a possibilidade de colisão de direitos com a procedência da decisão. Ressalta-se que esse trabalho adotou o posicionamento adotado por Virgílio Afonso da Silva que aborda a proporcionalidade como regra e não princípio, pois deve ser aplicada assim como descrito, não se sujeitando à ponderação.

A aplicação da regra da proporcionalidade deve passar pela análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na tentativa de minimizar os prejuízos causados pela decisão judicial.

Tratando-se de direito à saúde, que envolve obrigatoriamente a disponibilidade orçamentária, não há caminho que não leve ao confronto entre direitos fundamentais. Se de um lado se pretende proteger a dignidade da pessoa humana, saúde e vida do paciente, de outro a decisão implica na desigualdade, ofensa à dignidade da pessoa humana, saúde e vida daqueles que não recorreram ao Judiciário. Além disso, os custos exorbitantes em algum momento implicarão em carga tributária mais alta para que haja recursos suficientes para suprir o déficit orçamentário com as decisões judiciais.

Não basta apenas culpar o Estado e argumentar que o problema é de má gestão dos recursos, pois em lugar algum do mundo seria possível conceder às normas de direitos sociais máxima efetividade. E é por isso que se deve buscar a proteção mínima, como bem lecionado por Ricardo Lobo Torres ao defender o mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Ainda que a solução pareça estar na proteção do mínimo existencial, quando se analisa sob uma perspectiva global a problemática remanesce. A verdade é que os Poderes não devem atuar em forças contrapostas, mas em forças conjuntas, através de um diálogo institucional.

Um ótimo exemplo do diálogo institucional que se deve estabelecer é a criação do Comitê da Saúde no Distrito Federal, criando com base na Resolução n. 107/10 do Conselho Nacional da Justiça, que busca debater e solucionar as questões de saúde, justamente para frear e diminuir a judicialização. Esse Comitê é composto por membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Recentemente, as reuniões mensais do Comitê resultaram na instituição da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – CAMEDIS que tem a missão de

solucionar os anseios da população sem a necessidade de interferência do Judiciário e impulsionar a cooperação entre os Poderes.

Portanto, a análise crítica e o posicionamento adotado em relação ao teor das decisões judiciais não solucionam o problema em si, apenas acrescenta críticas e levanta questionamentos sobre o tema, estabelecendo parâmetros para a atuação mais íntegra. Se o que se visa é realmente solucionar as desigualdades e proteger os direitos fundamentais, o caminho está no diálogo institucional, na cooperação e nas ações conjuntas entre os Poderes ao invés de ações isoladas de um ou outro.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AURÉLIO, Buarque Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

BARCELOS, Ana Paulo. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

BEZERRA, Elton; SCOCUGLIA, Livia. Se CPC ficar como está, melhor não sai. *Revista Consultor Jurídico*, 21 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-21/entrevista-ada-pellegrini-grinover-processualista#autores>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: SUS 20 anos*. <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/participacaoegestao.html>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha: entendendo o SUS*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=136>. Acesso em: 28 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública – Saúde, Brasília, 2009, p.197.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Histórico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y El control constitucionales em La jurisdicción constitucional*. apudpor CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANON, Bradley C. Defining the dimension of judicial activism. *Judicature*, v.66, n.6, Dec/Jan, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE – CONASEM. *Movimento sanitário brasileiro na década de 70: a participação das universidades e municípios*. Brasília: Athalaia Gráfica e Editora, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando o direito à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUEDES, Néviton. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

GUEDES, Néviton. Juiz entre ativismo judicial e autocontenção. *Revista Consultor Jurídico*, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?imprimir=1>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Portugal: Edições 70, 1999.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Minelli, 2003.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 17 jan. 2013.

_____. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 5 dez. 2012.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RONDON, Rhaiana; ALARCON, Tatiana. *SUS amplia lista de medicamentos ofertados*. Agência da Saúde. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/sus-amplia-lista-de-medicamentos-ofertados/>> Acesso em: 4 out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEGATO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, 2002.

_____. *Judiciário e políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, Jan./Jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em. 7 jul. 2012.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano, 2001.

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

_____. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.