



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ALAN DIAS BARROS

PARÂMETROS DE CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS

NATAL  
2013

ALAN DIAS BARROS

PARÂMETROS DE CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gleydson Kleber Lopes de oliveira

NATAL  
2013

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Barros, Alan Dias.

Parâmetros de concretização judicial do direito fundamental à saúde no fornecimento de medicamentos/ Alan Dias Barros. - Natal, RN, 2013.

222 f.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito à saúde – Dissertação. 2. Ativismo judicial - Dissertação. 3. Fornecimento de medicamentos - Dissertação. I. Oliveira, Gleydson Kleber Lopes de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.7:614

ALAN DIAS BARROS

PARÂMETROS DE CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Doutor. Nome do Examinador**  
**UFRN**

---

**Prof. Doutor. Nome do Examinador**  
**Vinculação**

---

**Prof. Doutor. Nome do Examinador**  
**Vinculação**

## RESUMO

No Brasil, os direitos sociais sempre foram considerados categorias jurídicas secundárias, cuja concretização poderia aguardar o trâmite das decisões políticas. Com o fim da 2ª Guerra Mundial, o Direito Internacional enfatiza a proteção da pessoa humana, elevando a sua dignidade como pilar dos ordenamentos jurídicos e um dos principais fundamentos das Constituições. No Constitucionalismo pós-positivista, a concretização dos direitos sociais recebe especial atenção com a assunção de supremacia e normatividade das Constituições, ao mesmo tempo em que o Judiciário participa da realização da democracia, como aplicador das leis, mas também como guardião da constitucionalidade dos atos e omissões administrativas, contribuindo criativamente com a concretização constitucional, suprimindo lacunas normativas e omissões estatais. Nesse aspecto, o fornecimento de medicamentos, cujos custos não podem ser suportados pelo indivíduo, guarda estreita ligação com o direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana, sendo objeto de numerosas ações judiciais dirigidas contra a Administração Pública. Tal fenômeno provocou intenso debate quanto ao ativismo judicial e à legitimidade dessas decisões, sobretudo pela necessidade de se definirem quais os seus limites e possibilidades, à luz do princípio da separação de poderes e da reserva do possível; sendo esta a problemática desenvolvida na presente investigação. Diante disso, a presente pesquisa objetiva verificar a legitimidade das decisões judiciais que determinam à Administração Pública o fornecimento compulsório de medicamentos àqueles que não podem arcar com os custos de seu tratamento, assim como contribuir com a construção dogmática de parâmetros a serem observados nessas espécies de interferência judicial. Quanto à metodologia, a presente pesquisa tem caráter investigativo e descritivo, de enfoque teórico, alicerçada em coleta de dados bibliográficos (doutrina e decisões judiciais) que receberam tratamento qualitativo e abordagem dialética. Como resultados, tem-se que a decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos àqueles indivíduos que não podem adquiri-los com seus próprios recursos é legítima e respeita o princípio democrático, não violando o princípio da separação de poderes e a reserva do possível, desde que não despojada de critérios razoáveis e uniformes, sob pena de conter alta carga de subjetivismo e significar uma possível exacerbação de funções por parte do Judiciário, padecendo do requisito da segurança jurídica. Conclui-se que a decisão judicial que determina à Administração Pública o fornecimento de medicamentos àqueles que não podem arcar com os custos de seu tratamento deve se pautar em parâmetros tais como: proteção à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial; a inafastabilidade da jurisdição; a observância crítica da reserva do possível; a subsidiariedade da intervenção judicial; a proporcionalidade (quantitativa e qualitativa) no conteúdo da decisão; o questionamento quanto aos motivos do não-fornecimento do medicamento pela via administrativa; e, finalmente, a atenção para que o Judiciário não se transforme em mero fator produtivo da indústria farmacêutica, contribuindo para a cartelização do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Ativismo Judicial. Fornecimento de medicamentos.

## ABSTRACT

In Brazil, social rights have always been considered secondary legal categories, whose implementation could wait for the pending of political decisions. At the end of the Second World War, International Law emphasizes the protection of human beings, raising his dignity as a legal pillar of the legal orders and one of the main foundations of Constitutions. At the post-positivism Constitutionalism, the realization of social rights receives special attention with the assumption of supremacy and normativity of the Constitutions, while the judiciary participates in the realization of democracy, not only as applicator of laws, but also as the guardian of constitutionality of the acts and administrative omissions, creatively contributing to the constitutional achievement, filling gaps and normative state omissions. In this aspect, the supply of medicines, whose costs can not be supported by the individual, keep a close connection with the right to life, health and dignity of the human being, as the subject of numerous lawsuits directed against the Public Administration. Such phenomenon has caused intense debate regarding judicial activism and legitimacy of these decisions, particularly on the need to define what are the limits and possibilities considering the principle of separation of powers and the principle of reserve of the possible; being this the problematic developed in this research. Thus, this research aims to verify the legitimacy of judicial decisions that determines to the Public Administration the compulsory providing of medicine to those who can not afford the cost of their treatment, as well as, contribute to the dogmatic constructions of parameters to be observed by judicial interference. Regarding the methodology, this research has an investigative and descriptive character and an theoretical approach based on bibliographical data collection (judicial and doctrine decisions) that received qualitative treatment and dialectical approach. As a result, it is known that the judicial decision that determines the supply of medicines to those individuals who can not afford them with their own resources is legitimate and complies with the democratic principle, not violating the principle of separation of powers and the reserve of the possible, since the judicial decision is not stripped with an uniform and reasonable criteria, failing to contain high burden of subjectivism and which signifies a possible exacerbation of functions by the judiciary, suffering, in this case, of requirement of legal certainty. It is concluded that the Court decision that determines the government the providing of medicine to those who can not afford the cost of treatment should be based on parameters such as: the protection of human dignity and the minimum existential principle, the inafastable jurisdiction principle; compliance critique of the possible reserve principle; subsidiarity of judicial intervention; proportionality (quantitative and qualitative) in the content of the decision; the questioning about the reasons for non-delivery of the drug through administrative via; and, finally, the attention not to turn the judiciary into a mere production factor of the pharmaceutical industry, contributing to the cartelization of the right to health.

Keywords: Right to health. Judicial Activism. Drug supply.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos anjos que se dignaram de balançar suas asas por mim, mas também aos demônios que se interpuseram no caminho, pois tornaram esta conquista ainda mais gratificante.

Ao mestre e amigo, Prof. MSc. José Albenes Bezerra Júnior, pelo enorme impulso inicial, generosidade constante e torcida permanente. Autêntico exemplo de “fazer o bem, sem olhar a quem”. Que Deus centuple suas conquistas.

Ao mestre e amigo, Prof. MSc. Walber Cunha Lima. Pioneiro, desbravador e inspiração na vida acadêmica. Obrigado pela compreensão, parceria, e questionamentos necessários à dissertação.

À querida Profa. MSc. Jordana Celli Bulhões Campos; por ser o norte, a luz, o prumo, a direção, o senso e o sentido, a estrutura e possibilidade de realização dessa conquista, a quem eu devo muitíssima gratidão.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cuja competência e afinho foram imprescindíveis nessa importante conquista acadêmica e nova etapa da vida profissional; especialmente ao meu orientador, Dr. Gleydson Oliveira, pelas contribuições ofertadas, e à Dra. Yara Gurgel, pelo exemplo de qualidade e dedicação à docência superior.

Aos colegas de mestrado, pela oportunidade de aprendizado mútuo e pelo companheirismo propagado para além das salas de aula.

Aos meus pais, pelo senso de valor dado à educação, à formação profissional e humana.

Ao Mestre Jesus e à Mãe Maria, Santíssima, de mãos dadas comigo em vários momentos e, noutros, no colo.

## DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado àqueles que padecem da saúde  
e não encontram alento para seus males.  
Que o Direito possa desenvolver a cura para a desigualdade.

Dedicado, sobretudo, à Luisa, *filha de meu corpo e de minha alma,*  
*razão de existir e de viver, meu combustível e lastro,*  
*pupila e mestra de minha vida.*

“A dose certa diferencia um veneno de um remédio”.  
(Paracelso, alquimista suíço, 1493-1541).

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS ....</b>	<b>08</b>
2.1 A CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.....	18
2.2 AS TRADICIONAIS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RESSALVA NECESSÁRIA .....	22
<b>3 OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA PROGRAMATICIDADE À JURIDICIDADE .....</b>	<b>37</b>
3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: DO PÓS-2ª GUERRA MUNDIAL À GUERRA FRIA.....	38
3.2 A PROGRAMATICIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA SONEGAÇÃO.....	42
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NOVO SISTEMA ÉTICO DE REFERÊNCIA MUNDIAL .....	48
3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	54
3.5 A EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.....	57
<b>4 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>64</b>
4.1 A ASCENÇÃO DO JUDICIÁRIO À CONDIÇÃO DE AUTÊNTICO PODER ESTATAL .....	65
4.2 EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO DE “ATIVISMO JUDICIAL” .....	76
4.3 ATIVISMO CONSERVADOR E PROGRESSISTA.....	81
4.4 OUTROS “ATIVISMOS” QUE NÃO VÊM GANHANDO TANTA OPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA.....	85
4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	90
4.6 PRINCIPAIS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO À SAÚDE .....	100
<b>5 O DIREITO À SAÚDE E OS PARÂMETROS DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....</b>	<b>141</b>
5.1 DELIMITAÇÃO E REGIME JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE .....	141
5.2 PARÂMETROS DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS .....	152
5.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	183
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>198</b>

## REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

É inegável a importância histórica dos direitos fundamentais de “primeira geração”, tradicionalmente classificados como “direitos defensivos” ou “negativos”, posto que expressam uma conquista da liberdade individual contra os arbítrios do poder estatal absolutista.

Entretanto, o Estado Liberal e seu modo de produção Capitalista, no qual imperava o individualismo e o absentéismo estatal, foram responsáveis por mazelas sociais insustentáveis para aquele mesmo modelo estatal, na medida em que o Estado se afastou da regulação da vida privada, permitindo o surgimento de diversas desigualdades materiais entre os indivíduos. Na realidade, a igualdade meramente formal foi transformada na liberdade de oprimir os fracos.

O Estado Liberal, então em crise, aliado a um movimento de antropocentrismo jurídico, decorrente da reação às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante a Segunda Guerra Mundial, desenvolveram um modelo de Estado democrático e social, o qual, sob as bases do constitucionalismo pós-positivista, passou a enfatizar a concretização dos direitos fundamentais de cunho social, chamados de “de segunda geração”, no qual o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição de destaque e de supremacia na busca de se compensar as desigualdades produzidas até então e de assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna.

Porém, um dos grandes problemas que vive o constitucionalismo contemporâneo não se encontra na conquista de novos direitos fundamentais, já amplamente incorporados às Constituições da maioria das nações, mas sim quanto à sua concretização; no caso específico dos direitos fundamentais sociais, a sua consideração, não mais como mera carta de intenções ou normas programáticas, e sim como dispositivos dotados de normatividade plena, vinculando todas as esferas do Poder Público a dar-lhes máxima efetividade e eficácia.

Especificamente quanto aos direitos sociais cuja concretização demandam prestações materiais, ou seja, aqueles que dependem precipuamente de um agir positivo estatal na elaboração de políticas públicas e na disposição e alocação de recursos financeiros para efetivar esses direitos; dificuldades maiores se apresentam, incidindo enfaticamente a justificativa governamental da limitação

orçamentária, a reserva do possível, que vem a conflitar com o direito a um mínimo existencial necessário à efetivação da dignidade da pessoa humana.

Especialmente no Brasil, o desrespeito com os direitos fundamentais sociais, principalmente os de cunho prestacional material, é facilmente comprovado por qualquer cidadão: o direito à educação não se realiza por falta de escolas, de professores e de estrutura material mínima, o direito à moradia torna-se moeda de troca eleitoreira, transformado em favor pelos candidatos eleitos; e o salário mínimo e o direito à aposentadoria não propiciam um padrão de vida com qualidade ao trabalhador e sua família, posto que não permitem a manutenção satisfatória das condições materiais, nos termos preconizados pela Constituição.

No caso particular do direito à saúde, o caos reinante no Sistema Público é tema de pauta diuturna dos noticiários, demonstrando o descaso governamental: falta de leitos, de médicos, de medicamentos e de pessoal, incapacidade de atendimento global, baixos investimentos em medicina preventiva; redundando num quadro de pessoas morrendo nos corredores dos hospitais à espera de atendimento.

Quanto ao fornecimento gratuito de medicamentos, a burocracia administrativa não consegue acompanhar a evolução das pesquisas e incluir novos e mais eficazes tratamentos e medicamentos em listas de distribuição. Agravando esse quadro, o alto custo desses medicamentos contribui para se criar mais um obstáculo ao gozo do direito à saúde e, por consequência, do direito à própria vida, na medida em que a alegada “falta de verba” impede que haja disponibilidade suficiente de recursos financeiros para atender àqueles que não podem adquirir medicamentos de alto custo com seus próprios recursos.

Além disso, no plano jurídico, verifica-se a prática de inversões valorativas nas escolhas praticadas pelos nossos governantes, pretendendo-se que a Constituição se dobre às leis orçamentárias, alocam-se recursos para setores não-essenciais enquanto se perpetua o quadro de escassez para políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, sonogando-se com isso “o mínimo do mínimo” à grande parcela da população.

Esse estado de coisas permite que a inexistência de recursos materiais venha servindo de justificativa genérica à omissão e/ou ineficácia do gestor público em priorizar recursos para setores mais emergenciais ao desenvolvimento humano, mormente em países de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil, onde a saúde pública não é tratada com a devida relevância.

Em tais circunstâncias, entram em debate temas alusivos a uma maior participação do Poder Judiciário nos destinos políticos da nação e na concretização de pautas políticas do governo, consubstanciados no ativismo judicial e na judicialização da política; visto que, em numerosas situações, não havendo aparente alternativa para se tutelar o direito à saúde e evitar o risco de morte, diante da urgência do tratamento pleiteado, o Judiciário vem impondo a entrega de medicamentos à população contra a Administração Pública, sob pena de ingresso e mobilização dos respectivos ativos financeiros estatais para satisfação compulsória da obrigação.

Desse modo, a problemática trabalhada na presente pesquisa passa a questionar se, no contexto pós-positivista do Constitucionalismo Contemporâneo, uma vez verificada a omissão ou ineficácia estatal na entrega de medicamentos, seria legítima essa decisão judicial, que compele a Administração Pública ao fornecimento do medicamento àquele que não pode arcar sozinho com os custos de seu tratamento, sob pena de ingresso nos cofres públicos, fundamentada na eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

Como decorrência do questionamento anterior, propomo-nos a investigar se haveria limites impostos a essas decisões, ou seja, quais seriam os possíveis parâmetros de concretização judicial do direito fundamental à saúde no fornecimento de medicamentos que poderiam ser colocados perante o julgador para pautá-lo e uniformizar as decisões judiciais, sob o prisma da segurança jurídica, do respeito à Constituição e do equilíbrio das contas públicas?

Quanto à metodologia empregada, a presente pesquisa tem caráter investigativo e descritivo, de enfoque teórico, alicerçada por coleta de dados bibliográficos (doutrina e decisões judiciais), cujo tratamento será de cunho qualitativo, com abordagem dialética (análise crítica do material coletado), visando à construção de um arcabouço teórico para fundamentar uma compreensão particular do problema a ser investigado; além de contribuir para aprimorar e acrescentar ao conhecimento já existente, sugerindo possíveis caminhos para futuras tomadas de decisões e ajudar na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores.

Partindo da problemática apresentada e da metodologia empregada, a presente pesquisa tem como objetivos verificar a legitimidade das decisões judiciais que determinam à Administração Pública o fornecimento compulsório de

medicamentos àqueles que não podem arcar com os custos de seu tratamento, assim como contribuir com a construção dogmática de parâmetros a serem observados nessas espécies de interferência judicial.

Para tanto, tornou-se necessário, primeiramente, discorrer sobre a ascensão histórica dos direitos fundamentais sociais e do Estado Democrático de Direito Constitucional Social; para, num segundo momento, estudar sua judicialização de questões tradicionalmente consideradas “políticas”, especificamente quanto ao direito à saúde e o fornecimento de medicamentos.

Assim, o primeiro capítulo aborda o surgimento do Estado de Direito e do Constitucionalismo Clássico do pós-Revolução Francesa, assim como quanto ao conteúdo dos direitos nominados de “primeira geração” ou “dimensão”. Discorre também sobre a crise do Estado de Direito Liberal com a busca da realização da igualdade, em sua acepção material, como característica elementar do Estado Social, mais intervencionista nos assuntos de índole privada e proativo quanto à realização de direitos. Além disso, debate o contexto histórico do surgimento do princípio da separação de poderes, em sua acepção clássica; e, ao seu final, aponta algumas críticas doutrinárias às tradicionais classificações dos direitos fundamentais, concluindo o quanto tais proposições, apesar de interessarem ao ambiente acadêmico, têm servido de óbice à realização de determinada gama de direitos, considerados culturalmente pelos países de tradição econômica liberal como se fossem de segunda ordem ou enquadrados num grau de prioridade inferior aos demais.

Construído esse arcabouço, o segundo capítulo abordará o modo como se deu a aquisição de juridicidade pelos direitos fundamentais sociais, antes relegados a um papel de mera programaticidade e destituídos de coercibilidade para o ente estatal e de geração de direitos subjetivos para o particular. Evidenciará também a raiz histórica da teoria das normas programáticas, que por muito tempo foram aplicadas aos direitos econômicos, sociais e culturais; a disjunção normativa dos direitos humanos em dois tratados internacionais distintos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC), como fruto do dissenso ideológico vivido pelos países de ideologia econômica liberal e de social, durante o contexto pós-2ª Guerra Mundial, conhecido como Guerra Fria; e, ainda, o tratamento dado aos direitos

humanos em dias atuais, sob a perspectiva dos postulados da universalidade, interdependência e indivisibilidade.

Além disso, o segundo capítulo também associará a esse contexto do pós-2ª Guerra Mundial e das atrocidades perpetradas contra o ser humano, a ascensão de um novo sistema ético de referência normativa mundial, fundado no princípio da dignidade, no que diz respeito à proteção de um núcleo mínimo de direitos inerentes à condição humana, assim como ao fornecimento de condições materiais mínimas à realização dessa dignidade, consubstanciado na teoria do mínimo existencial. Nessa perspectiva, recapitulará o conceito de dignidade, desde a Antiguidade Clássica, enfatizando a ruptura produzida pela Modernidade, no que concerne ao seu conteúdo metafísico, com o propósito de atingir a perspectiva “pós-moderna”, que considera a dignidade como uma simples inerência da condição humana, do ser enquanto pessoa.

O terceiro capítulo versará sobre os institutos do ativismo judicial e da judicialização da Política, apontando seus elementos comuns, mas, sobretudo, procurando diferenciá-los enquanto expressões dessa interferência judicial em políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde. O ativismo judicial, que vem sendo objeto de severas críticas oriundas de seus opositores, receberá delimitação de conteúdo e reflexão crítica, na medida em que vem sendo associado a decisões usurpadoras de competências judiciais e propensas a ofender o equilíbrio financeiro do ente público; procurando-se indicar seu verdadeiro sentido e abrangência. Igualmente, a judicialização (da concretização) do direito à saúde será abordada por seus fundamentos históricos e principais objeções, sobretudo quanto à legitimidade das decisões no Estado de Direito Constitucional Contemporâneo, ou seja, à luz do princípio da separação de poderes e da cláusula da reserva do possível.

Feito isso, o capítulo quarto delimitará conceitualmente o direito à saúde e a sua inserção jurídico-constitucional, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos; para, então, passarmos, finalmente, à sistematização e a uniformização de possíveis parâmetros na interferência judicial sobre o tema do fornecimento de medicamentos. Verificaremos nesse capítulo quarto, os fundamentos para a construção de parâmetros dogmáticos de interferência judicial no fornecimento de medicamentos; apontaremos, também, a título de sugestão para essa construção, algumas balizas metodológicas, que ora indicam a necessidade de

um maior refreamento na decisão judicial, e outras que impulsionam o julgador para uma interferência mais incisiva e criativa. Destacaremos criticamente, por fim, alguns parâmetros que têm sido utilizados pelos tribunais brasileiros para o julgamento de casos envolvendo a judicialização do direito à saúde, além dos argumentos doutrinários aplicáveis àquelas decisões.

A motivação para a realização da presente pesquisa advém de reflexões sobre as possíveis soluções e contribuições para a melhoria das péssimas condições do Sistema de Saúde Pública ofertada ao povo brasileiro atualmente, mormente em regiões economicamente mais carentes, cujo distanciamento social é mais visível, como é o caso da Região Nordeste; o que representa um patente abismo entre a previsão constitucional e a realidade social vivenciada pelos destinatários de direitos fundamentais.

Acreditamos que a presente pesquisa justifica-se pelo interesse em transformar questionamentos sobre o tema em um problema científico, ou seja, pretende-se inclinar sobre o problema de pesquisa para desvelar o seu sentido e sugerir possíveis soluções.

No aspecto da relevância social, o estudo proposto se destaca pelo fato de que a temática abordada poderá contribuir no aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, mormente em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil.

No aspecto científico, a pesquisa contribui para o aumento do conhecimento e serve de ponto de apoio para outras pesquisas ligadas ao tema, fornecendo reflexões críticas e promovendo inflexões nas ações do profissional da área jurídica, no sentido do aprimoramento dos mecanismos de interferência judicial no direito fundamental da saúde, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos de custos financeiros não suportados pelo indivíduo; vindo a ser possível futuramente construir uma dogmática própria quanto aos seus parâmetros, numa área ainda relativamente incipiente, destituída de postulados próprios, que tem causado ebulição de teses contrárias e moderadas na doutrina e nos tribunais, assim como gerado tensões entre os Poderes estatais.

Com isso, seu efeito principal e imediato é o de possibilitar a diminuição do grau de subjetivismo nas decisões judiciais e conseqüentemente aumentar o seu grau de segurança jurídica e legitimidade, gerando, também, um efeito indireto ao Administrador (Executivo e Legislativo), no sentido de alicerçar melhor as escolhas

alocativas de recursos públicos durante a elaboração do orçamento, à luz das prioridades constitucionais, assim como de fiscalizar eficazmente a gestão da coisa pública; tudo em prol da promoção e defesa da dignidade da pessoa humana.

## 2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Num esclarecimento inicial, adotaremos no presente trabalho a metodologia que diferencia semanticamente “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”<sup>1</sup>. Direitos do homem seriam os valores ético-políticos ainda não positivados, ainda num estágio pré-positivo, ou anteriores ao direito positivo, de conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Já os direitos humanos, empregaremos como expressão referente àqueles valores já positivados na esfera do direito internacional, ligados à simples condição humana, objeto de tutela através de tratados internacionais, assumindo as características de universalidade, indivisibilidade, interdependência, e almejando sua validade e aplicação em qualquer território e tendo por sujeito qualquer pessoa, dada a sua mera condição humana. Por fim, aplicaremos a nomenclatura de direitos fundamentais aos direitos humanos positivados nas Constituições, ou seja, aos valores ligados à dignidade da pessoa e à limitação do poder<sup>2</sup> que interessam à ordem internacional e que, por sua vez, são incorporados e positivados nas Constituições, ou seja, nas ordens internas de cada país.

Feito esse esclarecimento de ordem metodológica, já quanto aos objetivos do presente capítulo, é importante destacar que, como buscaremos tratar, através da evolução histórica do Constitucionalismo, do contexto que culminou com a previsão dos direitos fundamentais sociais nas Constituições da maioria das nações ocidentais do início do séc. XX (nos quais se insere o direito à saúde); entendemos que a análise da gradual sedimentação dos diferentes tipos de direitos fundamentais nas Constituições, paralelamente à compreensão do comportamento do Judiciário nessas diversas fases vividas pelo Constitucionalismo, possibilitará compreender como se formou tese da intervenção judicial na proteção desses direitos.

---

<sup>1</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19/24, delimita os “direitos humanos” pelo caráter de universalidade e supranacionalidade, decorrentes da própria natureza do homem, sendo suprapositivos em relação à Constituição. Os “direitos fundamentais” seriam o rol de direitos constitucionalmente previstos em determinada ordem jurídica, os vigentes em determinada ordem jurídica<sup>2</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25/27.

<sup>2</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25/27.

O Constitucionalismo Clássico, entendido *estricto sensu*, como o movimento de oposição aos arbítrios cometidos durante o Absolutismo e também como técnica de tutela das liberdades individuais diante do poder estatal, foi inaugurado pela Revolução Francesa<sup>3</sup>, cujo período imediatamente posterior estabelece o Estado de Direito (da razão<sup>4</sup>, do entendimento<sup>5</sup>, do esclarecimento), segundo um racionalismo de feições iluministas, que passa a ser o norteador de toda a atividade estatal<sup>6</sup>.

Contrariamente ao arbítrio permitido ao monarca do Antigo Regime, essa racionalização do poder submete o poder estatal ao primado da lei (princípio da legalidade) e organiza sua atividade em funções distintas e harmônicas (separação dos poderes), por meio de uma Constituição escrita que garantiria prerrogativas inalienáveis do ser humano, primordialmente quanto àquelas relativas à liberdade do indivíduo perante as incursões indevidas do poder político.

Ricardo Castilho, tratando dos primórdios do Constitucionalismo, informa que o governante absolutista decidia sem lei, considerando apenas o que lhe favorecia, mas os homens comuns, esmagados por esse poder, começaram a ansiar por leis escritas que descentralizassem a vida política, assim regulamentando a vida civil<sup>7</sup>.

Sinteticamente, para Walber Agra<sup>8</sup>, o “Estado de Direito” é uma situação jurídica de oposição às monarquias absolutas, marcada pela submissão das atividades do Estado e do cidadão à lei; sendo um sistema institucional no qual se observa a hierarquia normativa, a separação de poderes e os direitos humanos.

---

<sup>3</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Ed. Coimbra, Almedina, 2000, p. 51/52; e BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

<sup>4</sup> Interessante observar que a primazia da lei escrita como principal fonte do Direito decorreu de uma reação jusnaturalista de limitar o poder soberano e os abusos praticados pelos governantes absolutistas contra direitos ainda não escritos, mas essenciais à pessoa (direitos naturais); sendo, em períodos históricos posteriores, um dos grandes empecilhos à realização de direitos não escritos, fundando-se no paradigma do positivismo jurídico, tendo a lei como fonte primordial do Direito.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

<sup>6</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13/14, explica que, no Estado Moderno, a dessacralização do poder gerou o imperativo da fundamentação racional de seu exercício. A deterioração da legitimação divina do poder fez surgir a necessidade da legitimação pela razão, pelo convencimento racionalmente obtido. A ideia de um Estado construído pela via política, não decorrente de instâncias divinas, correspondeu ao amadurecimento do espírito leigo e do racionalismo, que coincidiu com o início do processo de esvaziamento dos fundamentos transcendentais da ordem. A ordem social – reitera a autora – deixou de ser entendida como parte do plano religioso, passando a ser pensada como ordem humana.

<sup>7</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

<sup>8</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 09.

Sob a égide dos princípios do jusnaturalismo, o Direito Público deveria assegurar o não-retorno do Absolutismo, limitando a atuação do Estado à lei, restringindo-se à defesa da ordem e da segurança pública, ao remeter os domínios econômicos e sociais à liberdade privada e livre-concorrência. O público passa a existir para garantir a livre atuação do privado<sup>9</sup>.

As primeiras camadas de Constituições pós-revoluções liberais, por serem desconfiadas do poder estatal e de forte conteúdo revolucionário e jusnaturalista<sup>10</sup>, eram mínimas e características de um Estado absenteísta, limitavam-se, portanto, a regular e organizar a atividade estatal, no sentido da garantia e efetivação de direitos de defesa do indivíduo contra invasões indevidas do Estado em sua liberdade individual (Estado Gendarme), inaugurando a era dos direitos fundamentais de 1ª dimensão ou geração (direitos de defesa); ficando alheias, entretanto, à regulação das relações sociais (despolitização) - tarefa reservada para os Códigos vindouros.

A burguesia, que já detinha o poder econômico, almejava o poder político, e um Estado meramente expectador das relações econômicas e sociais, não autorizado a intervir na vida privada, interessava por demais àquela classe emergente; daí a característica proeminente da Constituição daquele período<sup>11</sup>.

Assim, descrevendo o Constitucionalismo Clássico, Paulo Bonavides<sup>12</sup>, informa que o Direito Constitucional se resumia à Constituição e esta, por sua vez, era reduzida a um instrumento jurídico onde estavam declarados os poderes do Estado e as garantias individuais, esgotando-se em seu próprio texto; sendo a época áurea do positivismo liberal e constitucional dos normativistas, que confiavam na abstração tranquila do texto legal, despojado de quaisquer preocupações com os elementos sociológicos e filosóficos da realidade.

O contexto dos séculos XVIII e XIX é o da codificação do Direito, cuja finalidade era a não deixar margens à criação judicial do direito. Como decorrência, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do Direito na Modernidade resulta

---

<sup>9</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225.

<sup>11</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

na neutralização política do Judiciário; essencial, como se pensava à época, para garantir a imparcialidade e evitar a discricionariedade<sup>13</sup>.

É inegável a importância histórica dos direitos fundamentais de “primeira geração”, tidos como direitos defensivos, como uma conquista da liberdade individual contra os arbítrios do poder estatal absolutista. Porém, a abstenção do Estado Liberal na vida social e a exacerbação das liberdades individuais propiciaram, pouco a pouco, uma realidade social desigual e injusta.

Como informa Mariana Filchtiner Figueiredo, a conquista dos direitos individuais sem a correspondente garantia de participação nas decisões políticas da comunidade tornava-se insustentável. Em razão disso, a dissonância entre o ideal revolucionário de igualdade para todos e a limitação dos direitos de participação e de sufrágio, por razões econômicas e culturais, evidenciava a fragilidade do sistema de direitos então vigente<sup>14</sup>.

O cercamento dos campos, o desenvolvimento das cidades, a criação da máquina a vapor, a industrialização, a saída das pessoas do campo, concentrando-se em redor das fábricas, e a explosão demográfica criaram um contexto que levou os direitos liberais e o Estado não-interventor à incapacidade de satisfazer as exigências sociais<sup>15</sup>.

O Estado de Direito Liberal, firmado no primado da legalidade, não se sustentava mais. Os antagonismos do modo de produção Capitalista permitiam que, em nome de uma liberdade formal e diante de um Estado ausenteísta e divorciado da Sociedade, o poder político da burguesia significasse o poder de oprimir economicamente os mais fracos e assim realizar sua ideologia.

Durante a época da expansão industrial e da produção em massa<sup>16</sup>, a concentração de riqueza acabou gerando gigantescos bolsões de miséria nas classes inferiores da sociedade que ficaram excluídas do acesso à realização integral da personalidade humana.

---

<sup>13</sup> FERNANDES, Stanley Botti. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 235.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

<sup>15</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34.

<sup>16</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

Nos dizeres de Alessandra Gotti<sup>17</sup>, o agravamento das tensões sociais decorrentes da industrialização e os conflitos de classe (burguesia e proletariado), expuseram a fragilidade da liberdade conquistada pela burguesia, que nada mais era do que uma abstração para as demais classes. No terreno econômico, essa liberdade, valor máximo do Estado Liberal, apenas expunha os fracos à sanha dos poderosos. Neste cenário, ficou patente que a liberdade, sem igualdade de condições, convertia-se em mera formalidade.

Os servos do Feudalismo eram os mesmos trabalhadores assalariados do Capitalismo, ainda despidos de propriedade e vítimas do desemprego e da exclusão social. Declinaram os princípios liberais e o Liberalismo entrou em crise.

Como afirma Paulo Bonavides<sup>18</sup>, muito embora se colocasse como grande guardião das liberdades individuais, a burguesia apenas sustenta de maneira formal os princípios construtivos de uma ideologia de classe; pois, tão-logo se apodera do controle político da sociedade, já não mais se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, conservando, de fato, os princípios construtivos de uma ideologia de classe; sendo essa a contradição mais marcante do Estado Moderno. Criticando o liberalismo e explicando as razões do surgimento do Estado Social, informa que a liberdade típica do Estado Liberal conduzia a irreprimíveis situações de arbítrio, expondo os fracos à sanha dos poderosos<sup>19</sup>. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. Daí, conclui Paulo Bonavides<sup>20</sup>, o desespero e a violência das objeções que, no século XIX, evidenciaram que os esquemas do Estado jurídico puro eram inócuos; começando, assim, a “obra de dinamitação” da primeira fase do constitucionalismo burguês.

De fato, de nada adiantariam as liberdades públicas, outrora conquistadas pelas primeiras gerações de direitos fundamentais, se elas não puderem ser igualmente ofertadas e exercidas pelos indivíduos. Vida ou liberdade podem

---

<sup>17</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34 e 36.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40 e ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*.

nada significar sem condições dignas de realização. Como diz Cibele Gralha Mateus, mais do que garantir a liberdade e igualdade formal, era preciso oferecer reais condições de exercício desta liberdade através de condições mínimas, em especial, pelos direitos sociais<sup>21</sup>.

A idade do liberalismo avança rumo a uma ideia mais democrática da participação do homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal, chega-se ao democrático. De um governo de uma classe, ao de todas as classes. E essas ideias apontam rumo ao sufrágio universal. A burguesia defendia o princípio da representação, mas embaraçada por estorvos, privilégios e discriminações. No entanto, a França só realizou, embora efemeramente, o princípio democrático em 1848, com a vitória das armas revolucionárias; como indica Paulo Bonavides<sup>22</sup>.

As Revoluções Socialistas, a organização popular em partidos políticos e a operária em sindicatos, contribuíram para uma construção doutrinária em prol de uma maior intervenção estatal na ordem econômica e social, a fim de reequilibrar juridicamente os indivíduos excluídos das realizações da personalidade pelo Estado Liberal (igualdade material) e garantir um grau mínimo de direitos, através do empreendimento de políticas públicas para promoção de direitos de cunho social<sup>23</sup>.

O Estado se reconcilia com a Sociedade e reformas constitucionais foram efetuadas nas Constituições de vários países para atender aos anseios da população e promover o bem-estar social (Estado Welfare).

Reputa-se, tradicionalmente, à Constituição da Alemanha, de 1919 (Constituição de Weimar) – além da Constituição Mexicana, de 1917 – o papel pioneiro de alargamento, de ampliação, do Texto Constitucional, e de conseqüente acréscimo às funções estatais (comparativamente às Constituições Liberais), incorporando ao catálogo de direitos fundamentais os direitos econômicos, culturais e sociais (2ª dimensão).

O Estado Social transita da falência do liberalismo em proporcionar condições de vida digna à maior parte da população, da “necessidade de uma maior

---

<sup>21</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, idem, p. 35.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

<sup>23</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336/341.

intervenção estatal para proporcionar um padrão mínimo de vida e harmonizar as desigualdades sociais”<sup>24</sup>.

E essa transição do modelo estatal liberal para o social é marcada pela consagração paulatina em diversas Constituições mundiais de uma nova gama de direitos fundamentais, os direitos tradicionalmente chamados de “de segunda geração” ou “dimensão”.

Inicialmente, os direitos sociais se aplicavam apenas a determinados grupos tidos como vulneráveis (seguro de acidentes de trabalho, direitos trabalhistas, dentre outros). Com o passar do tempo, também foram sendo considerados sociais direitos de acesso a serviços prestados de forma universal, na forma de bens coletivos, tais como educação e saúde. Tais prestações pretendiam constituir-se em meios de integração social das classes inferiores, não mais apenas os trabalhadores empregados, passando a ser chamadas de direitos sociais pretensões a serviços que não poderiam ser comprados no mercado, como a saúde ou educação<sup>25</sup>.

Alessandra Gotti<sup>26</sup> sintetiza os direitos sociais como sendo prestações positivas estatais, elevadas ao status de normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, realizando o princípio da igualdade e servindo como pressuposto do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam as condições materiais propícias ao auferimento da igualdade real, proporcionando condições mais compatíveis com o exercício da liberdade.

Enquadram-se na definição de direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, à família, ao trabalho, à cultura, ao lazer, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados; os quais, diferentemente daqueles característicos das Revoluções Liberais, não se limitavam a conter o poder estatal, prevendo condutas negativas ou assecuratórias de direitos de liberdade.

Tal gama de direitos demanda do Estado posturas positivas, proativas, no sentido de garantir prestações, quer sejam de ordem material ou normativa, através de políticas públicas voltadas a corrigir as distorções anteriormente provocadas pelo Capitalismo e reequilibrar juridicamente os indivíduos, garantindo um padrão mínimo

---

<sup>24</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

<sup>25</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 156.

<sup>26</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

existencial de vida à vasta parcela da população, visando uma ordem jurídica que proporcione as condições necessárias ao desenvolvimento integral da personalidade humana.

O Estado passa a adotar uma postura diametralmente oposta da do Constitucionalismo Liberal, passando a comportar-se, não mais como o “Leviatã”, de Hobbes, o “Estado-Monstro”, o Estado-inimigo do indivíduo, visto com desconfiança e que por isso precisaria ser contido por uma Constituição escrita que limitasse, organizasse e racionalizasse o poder do soberano através da técnica da separação de poderes; mas sim, agora, passa a agir como Estado-amigo, Estado-confiança<sup>27</sup>, Estado-parceiro, o Estado realizador e provedor das necessidades humanas, passando a intervir em domínios da vida privada que, até então, a ele eram alheios, para concretizar direitos sociais através de políticas públicas.

Nos dizeres de André Ramos Tavares, os direitos de segunda dimensão (direitos à prestação ou prestacionais) são aquela espécie de direitos que exigem do Poder Público uma atuação positiva na implementação da igualdade social dos hipossuficientes e, sem os quais, as liberdades públicas se tornam fórmulas vazias<sup>28</sup>.

Alessandra Gotti<sup>29</sup> procura relacionar as condições materiais necessárias à implementação progressiva dos direitos sociais com o seu meio de criação, quais sejam, as políticas públicas, que exigem a alocação de recursos orçamentários para esse fim; e, procurando conceituá-las, entende consubstanciarem-se num conjunto complexo de normas e atos tendentes à realização dos fins públicos consagrados pela Carta de 1988, e que possuem como elementos estruturais o programa (dimensão material), a ação-coordenação (coordenação do Estado para atingir resultados determinados), o processo (sequência de atos tendentes a um fim, cuja participação popular é fundamental).

Para Saulo Versiani Penna<sup>30</sup>, a mera afirmação de que políticas públicas são pelo Estado a fim de implementar garantias fundamentais consignadas no Texto Maior, não seria científica. Para ele, no plano democrático constitucionalizado, políticas públicas seriam uma exigência do cidadão à efetivação dos direitos

---

<sup>27</sup> GOTTI, *idem*, p. 36.

<sup>28</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 233, 235.

<sup>30</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211/212.

fundamentalizados constitucionalmente; cidadãos esses destinatários, mas também principais atores da criação e implementação das políticas públicas.

Na concepção de Marcelo Figueiredo<sup>31</sup>, políticas públicas seriam um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante o interesse público, ou, um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado; são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais.

Para Leonel Pires Ohlweiler<sup>32</sup>, políticas públicas encerram um conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações de bem comum, justiça social e a igualdade dos cidadãos, são respostas do Estado a demandas sociais de interesse da coletividade, destinadas à formação de espaços de sentido em relação a bens socialmente relevantes, e que estão diretamente relacionadas com o pressuposto de uma intervenção do Estado para a promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural, político, etc, o que demanda uma ação governamental planejada e legitimada democraticamente, sendo concretizadas por prestações positivas do Estado.

Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>33</sup> associa as políticas públicas à categoria de direitos fundamentais relacionados a uma vida livre e digna, mormente os direitos fundamentais sociais à prestação, que representam o direito de obter utilidades do Estado, como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, seguridade social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Para ele, política pública seria um programa de ação que objetiva realizar um fim de interesse público, que visa concretizar, tornar materialmente disponível ao particular a fruição de um direito fundamental social.

Contudo, o grande problema das previsões constitucionais de direitos sociais é que tais previsões receberam da doutrina majoritária o status de “normas

---

<sup>31</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 720/721.

<sup>32</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 289, 291, 294.

<sup>33</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Judicial das Políticas Públicas. *In*: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23.

programáticas”, de eficácia limitada e dimensão prospectiva<sup>34</sup>; ou seja, passaram a ser consideradas meras propostas, planos, diretrizes, projetos de realização, assim, portanto, destituídas de qualquer força normativa vinculante para os agentes públicos, na medida em que sua concretização estava fora da ambiência judiciária, da tutela judiciária, mas sim dependentes unicamente do poder discricionário (decisões políticas e ações governamentais) e da disponibilidade futura e incerta de recursos financeiros do Estado. Como expressa Paulo Bonavides<sup>35</sup>, tais disposições constitucionais eram normas dotadas de “programaticidade máxima e normatividade mínima”.

João Luiz M. Esteves<sup>36</sup>, informa que, quanto aos direitos fundamentais sociais, durante todo o século XIX, e, no Brasil, até 1930, a questão social foi tratada como “caso de polícia”. Somente a partir do início do século XX, depois de esgotado o modelo liberal de economia e das lutas populares empreendidas desde meados do século XIX na Europa, é que direitos que tinham por objetivo o bem-estar da coletividade e não mais, ou tão-somente, do indivíduo, começaram a ser declarados e positivados até adquirirem status de vinculação jurídica do Estado em relação à sociedade e ao indivíduo.

De maneira que trataremos da problemática da secundarização das previsões constitucionais de direitos econômicos, sociais e culturais (em detrimento dos direitos civis e políticos) em capítulo próprio, mais adiante, quando buscaremos investigar a origem histórica do conceito da mera programaticidade dessas normas, remontando o cenário do pós-2ª Guerra Mundial e os debates na ONU, quando da criação da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e da sucessiva redação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (PIDCP e PIDESC<sup>37</sup>).

Feito esse esforço histórico-doutrinário, buscaremos coligir esse arcabouço teórico com o Constitucionalismo Contemporâneo, no sentido da afirmação da eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos de cunho sociais, mormente os prestacionais materiais, assim como a sua judicialidade.

---

<sup>34</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229 e 233.

<sup>36</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 23.

<sup>37</sup> Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

## 2.1 A CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.

Variadas causas são apontadas para a chamada “Crise do Estado Social”, consolidada no último decênio do século XX, que contribuiu para que o Estado falhasse em realizar a almejada democratização econômica e social; dentre elas podem ser apontadas: a incapacidade financeira de o Estado atender rigorosamente a todas as demandas sociais diante da escassez dos recursos públicos; a baixa densidade normativa de numerosas previsões de direitos constitucionais através de normas programáticas, que resultaram em graves omissões estatais e no sentimento de ineficácia constitucional; ingerência de organismos internacionais e de países centrais em países subdesenvolvidos e a preferência estatal pela realização de grandes obras de infraestrutura, captando recursos na iniciativa privada; falência do socialismo real<sup>38</sup>.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho<sup>39</sup>, “direitos sociais são caros”. O Estado Social só pode desempenhar bem sua tarefa se contar com 04 condições básicas: provisões financeiras necessárias e suficientes, o que impõe uma política fiscal capaz de assegurar eficaz coação tributária; estrutura de despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais; orçamento público equilibrado (controle das despesas públicas); e taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio elevado.

Na verdade, não apenas os direitos sociais são caros. A realização de qualquer direito fundamental, quer seja de cunho individual ou social, esbarra no dado-realidade da existência de recursos financeiros para tanto.

Todavia, no caso específico dos direitos sociais, a evocação pelo Administrador Público do argumento da inexistência de verbas destinadas à sua concretização tem sido a tônica condizente com o discurso e a estratégia neoliberal, que prega o resgate do Estado-mínimo e absenteísta, cuja agenda de realizações

---

<sup>38</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Baracha (coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19/20.

não se pauta pela previsão orçamentária de despesas sociais e assistenciais e com a realização de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos de igualdade.

Pelo contrário, a doutrina (neo) liberal, embutida em discursos como o da reserva do possível, pugna pela redução dos investimentos prejudiciais à lógica da acumulação de capital e da maximização dos lucros, à custa do desmonte do Estado-providência – o que representa um conflito com o modelo delineado pela Constituição brasileira de 1988 e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>40</sup>.

As dificuldades encontradas pelo Estado Social, de promover uma reconciliação com ampla parcela da sociedade, até então alijada dos elementos mínimos de realização existencial, em decorrência das desigualdades produzidas pelo Estado Liberal; indicam a necessidade de uma modalidade de Estado que conjugue e supere dialeticamente os modelos anteriores em nome de um Estado Democrático, de Direito Constitucional, realizador da personalidade humana com a amplitude que ela requer.

Nos dizeres de Cibele Gralha Mateus<sup>41</sup>, os projetos constitucionais, o nível de atribuições a cargo do Estado, somado à questão da reserva do possível, com o consequente descrédito da Constituição como norma dotada de força jurídica vinculante, torna necessário repensar o modelo de Estado Social.

Walber Agra<sup>42</sup> recomenda não se confundir o Estado de Direito, onde existe a simples submissão a parâmetros normativos preestabelecidos, com o Estado Democrático de Direito, onde o critério da legitimidade democrática é parâmetro do ordenamento jurídico, que deve ser adequado à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

---

<sup>40</sup> Cf. GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42/45; e SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86

<sup>41</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

<sup>42</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10/11. Acrescenta, ainda, o autor, que: “o evoluir do Estado de Direito permite a concretização de um Estado Democrático de Direito; e, posteriormente, de um Estado Democrático Social de Direito; em uma simbiose do parâmetro legal, da preponderância dos direitos de natureza social e do regime democrático”.

Para Gilmar Ferreira Mendes *et al*<sup>43</sup>, no Estado Democrático de Direito, seriam atendidas todas as exigências econômicas, políticas e sociais do homem concreto, que, embora reconhecidas por todos, não foi quitada sequer pelos extintos Estados Socialistas, que tão enfaticamente se diziam dispostos a regatá-la.

Miguel Carbonell<sup>44</sup> relata que o Constitucionalismo Contemporâneo definiu seus traços principais nos últimos cinquenta anos do século XX, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial, espalhando-se por várias Constituições ocidentais, a exemplo da italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978); desde então, evoluindo em muitos sentidos.

O pós-2ª Guerra Mundial, como pontua Saulo Versiani Penna, observados os absurdos perpetrados pelo regime nazista em nome do progresso do Estado, e a constatação da ineficiência estatal para atender aos direitos fundamentais de segunda geração, configuram o Estado de Direito Democrático, que representa o apogeu dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição<sup>45</sup>.

Tratando desse Constitucionalismo Contemporâneo, do pós-2ª Guerra Mundial (ou Neoconstitucionalismo), Luis Roberto Barroso<sup>46</sup> nos ensina que o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália.

A reconstitucionalização da Europa do pós-2ª Guerra Mundial, ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã, de 1949), e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda

---

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203.

<sup>44</sup> CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo**. Colección Estructuras y procesos, Série Derecho. 2ª ed. Editorial Trotta: Madrid, 2005, p. 09.

<sup>45</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

<sup>46</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52/53.

produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica<sup>47</sup>.

Por sua vez, o marco filosófico desse Constitucionalismo, ainda como observa Luís Roberto Barroso<sup>48</sup>, é chamado de “pós-positivismo”, nascido da conjunção dialética de um jusnaturalismo historicamente superado e do fracasso político do positivismo jurídico; cujos principais preceitos residem na leitura moral do direito, a normatividade dos princípios e sua distinção para com as regras, uma hermenêutica apropriada à interpretação das normas constitucionais e o aprofundamento teórico dos direitos fundamentais fundados na dignidade da pessoa humana.

Finalmente, ainda segundo Luís Roberto Barroso<sup>49</sup>, um terceiro marco desse novo Constitucionalismo, de ordem teórica, apoia-se na força normativa da Constituição, na sua supremacia e coercitividade, na assunção de juridicidade e superação da mera programaticidade de seus preceitos; resultando na constitucionalização de todo o Direito, em todos os seus ramos, seja ele público ou privado.

Assim, como afirma Alexandre Garrido da Silva<sup>50</sup>, a partir da segunda metade do século XX, o Direito Constitucional passou a testemunhar relevantes transformações de ordem metodológica, teórica e ideológica, de contraposição ao positivismo, conhecida nos países ibéricos e na Itália como “Neoconstitucionalismo”, cujas características o autor enumera, amparando-se em Luis Prieto Sanchís<sup>51</sup>, como sendo: privilegiar princípios às normas, enfatizar ponderação à subsunção, verificar a presença da Constituição em todos os conflitos minimamente relevantes em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora, uma onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário, assim como a presença de uma constelação plural de valores em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

A Constituição e seus princípios orientadores passam a adquirir normatividade cogente e autoaplicável. O público e o privado perdem a conotação

---

<sup>47</sup> BARROSO, *idem*, p. 52/53.

<sup>48</sup> BARROSO, *idem*, p. 53/54.

<sup>49</sup> BARROSO *idem*, p. 55/56.

<sup>50</sup> SILVA, Alexandre Garrido da, Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais, *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93.

<sup>51</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 132.

antagônica de outrora e passam a representar os dois lados da mesma moeda. O Estado constitui-se de uma participação mais ampla, pluralística, dialética e pela convergência de diversos grupos sociais, que exigem a mais absoluta efetivação dos valores constitucionalizados. Os “Poderes” clássicos do Estado passam a ser tidos mais propriamente como “funções” operantes, a fim de atender aos princípios constitucionais de interesse público<sup>52</sup>.

Diante desse arcabouço teórico, propiciou-se a expansão da jurisdição constitucional, através do mecanismo de controle da constitucionalidade e do desenvolvimento de técnicas próprias de interpretação da peculiar norma constitucional, diminuindo, com isso, a supremacia do Parlamento ao mesmo tempo em que colabora com a ascensão do Judiciário enquanto autêntico Poder estatal.

Uma Constituição invasora, que permeia todo o ordenamento jurídico e as relações sociais, sejam de cunho público ou privado, numa época de proeminência de defesa e garantia de direitos fundamentais, principalmente quando relacionados à dignidade da pessoa humana, tendo o Judiciário assumido a condição de protagonista do controle de constitucionalidade dos atos (e omissões) dos agentes públicos, torna como consequência natural o fenômeno da judicialização da política, o qual trataremos em capítulo posterior.

## 2.2 AS TRADICIONAIS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RESSALVA NECESSÁRIA.

Questionar os efeitos das tradicionais classificações doutrinárias dos direitos fundamentais torna-se essencial para o desenvolvimento do presente trabalho, na medida em que tais classificações constituem-se o alicerce de concepções que vêm servindo ao discurso ideológico de obstáculo à concretização da Constituição, e que serão, também, analisados em momento oportuno, em favor da tese da judicialização de direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde.

Abordaremos a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, frente às discussões que fundamentaram a construção da teoria das normas programáticas no Brasil, que, por sua vez, tem servido de substrato ideológico à doutrina de bloqueio à concretização dos direitos

---

<sup>52</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

sociais, a exemplo, a teoria da “reserva do possível”, mal-importada para terras brasileiras, enfatizando-se a simples influência dos custos financeiros para a realização de direitos fundamentais prestacionais como justificativa à manutenção da situação de desamparo de grande parte da população economicamente carente de nosso país; assim como a suposta violação do princípio da separação dos poderes, em sua acepção tradicional do Estado de Direito burguês.

Diante disso, percebemos que a análise dos direitos fundamentais sob o crivo das suas tradicionais classificações doutrinárias, por um lado, tem servido aos seus propósitos dogmáticos de reconhecimento do campo científico próprio; mas, por outro, tem contribuído à percepção e à manutenção da ideia da existência de uma categoria de direitos fundamentais secundarizada, sujeita inteiramente à vontade política e alheia à verdadeira indivisibilidade que é inerente aos direitos humanos; o que vem agravando o abismo social a que se vê submetida grande parte da população brasileira, que depende de prestações materiais estatais como concretização de direitos fundamentais dos quais são titulares.

Diante disso, filiamo-nos às palavras de Alinie da Matta Moreira<sup>53</sup>, ao afirmar que a verificação da multifuncionalidade dos direitos sociais e da condição de direitos fundamentais que ostentam na ordem constitucional brasileira torna inadequada a adoção de regimes diferenciados para os direitos sociais e para os direitos de liberdade.

A mais consagrada classificação dos direitos fundamentais, a das “gerações”, que tem como referência o momento histórico que determinada espécie de direitos passou a ganhar relevância, ascensão e tutela pelo ordenamento constitucional positivo do mundo ocidental, considera que a primeira geração dos direitos fundamentais corresponderia aos direitos civis e políticos baseados na liberdade (*liberté*) do indivíduo perante os arbítrios do poder estatal, que coincidem com o período histórico pós-Revolução Francesa (séc. XVIII).

Como afirma Carlos Weis<sup>54</sup>, a primeira geração dos direitos humanos surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, sendo essencialmente aqueles de autonomia de defesa, com nítida ampliação do domínio da liberdade

---

<sup>53</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 43.

<sup>54</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

individual frente ao Estado, a justificar a impossibilidade e este interferir na órbita individual.

Já os direitos fundamentais de segunda geração (econômicos, sociais e culturais), corresponderiam ao ideal de igualdade (*égalité*). Sendo típicos do Estado Social, passaram a ganhar relevância no cenário constitucional ocidental em consequência de outra Revolução, a Socialista, que, entre o fim do séc. XIX e início do séc. XX, buscava a concretização do princípio da igualdade em sua acepção material, não mais se contentando com a igualdade formal, de todos perante a lei, típica do Estado de Direito Liberal, que, absenteísta, permitia a espoliação de grande parcela da sociedade por uma minoria detentora do poderio econômico, sem interceder na zona de autonomia da liberdade privada.

Os direitos de segunda geração seriam, segundo Carlos Weis<sup>55</sup>, uma resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial de então, quando floresceram diversas teorias de cunho social, defendendo a intervenção e o alargamento da atividade estatal como forma de reparar a iniquidade vigente e as condições materiais de existência de contingentes populacionais.

Por fim, a terceira geração de direitos fundamentais seriam os direitos de solidariedade, ligados ao direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente (*fraternité*), segundo a concepção de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento, não pretendendo proteger interesses de um indivíduo ou grupo ou de um determinado Estado, mas sim todo o gênero humano<sup>56</sup>.

Todavia, essa classificação permite entender, erroneamente, que houve uma gradativa substituição ou sobreposição de uma geração por outra, o que revela uma imprecisão, na medida em que os direitos fundamentais vão, paulatinamente, se expandindo e acumulando uns aos outros, e não se sucedendo<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 569.

<sup>57</sup> MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010; revela que, além do equívoco que torna até perigosa a teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que dificulta a positivação e a efetivação dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos de solidariedade mundial; a teoria geracional também não retrata a verdade histórica. A evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade - igualdade - fraternidade) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, somente depois, serem reconhecidos os direitos da segunda geração. O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na "Era

Como observa Carlos Weis<sup>58</sup>, a classificação geracional tem sido alvo de críticas que apontam para a não-correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos. A teoria geracional induz a ideia de sucessão, quando a realidade histórica aponta para a concomitância do surgimento de textos jurídicos concernentes a direitos humanos de uma ou de outra natureza.

Igualmente contrária à classificação geracional, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>59</sup> leciona que a admissão da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos levou a um necessário redimensionamento da concepção geracional.

Flávia Piovesan<sup>60</sup>, ao discorrer sobre o processo histórico de formação da concepção contemporânea dos direitos humanos, baseada na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência, informa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, conjugou, num só documento, o discurso liberal e o social; ou seja, pôs fim à dicotomia que se apresentava na linguagem dos direitos, que colocava, de um lado, direitos civis e políticos, e, de outro, os econômicos, sociais e culturais.

Assim o fazendo, prossegue no raciocínio Flávia Piovesan<sup>61</sup>, a Declaração Universal afasta a equivocada visão da sucessão geracional de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, não sendo mais possível compartilhar do entendimento de que uma geração de direitos substituiria a outra, mas com ela interage.

---

Vargas", durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 50. O mesmo autor, agora citando Cançado Trindade (*Derechos de solidaridad. In: Estudios básicos de derechos humanos*, vol. 1, San José/Costa Rica, 1994, p. 65), denuncia que há um descompasso entre o direito interno dos países e o direito internacional público, vez que, se no plano interno, o reconhecimento dos direitos sociais foi posterior aos direitos civis e políticos; no plano internacional, o surgimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, “propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos”; o que só viria a ocorrer a partir da segunda metade da década de 60, do século XX.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34/35.

<sup>60</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208/209.

<sup>61</sup> PIOVESAN, *ibidem*.

Mais adiante, arremata Flávia Piovesan<sup>62</sup> que, em razão dessa indivisibilidade, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direitos à igualdade; e esvaziado revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade. Sendo possível afirmar que sem a efetividade dos direitos econômicos, sócias e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais; e, por via reversa, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.

Para Carlos Weis<sup>63</sup>, há uma necessidade pragmática de enterrar a metáfora das gerações, dado o mau uso da expressão e os equívocos que conduz, por governos, cuja política não consegue enxergar a indivisibilidade da dignidade humana. Para ele, insistir na teoria das gerações consolida a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea de direitos humanos, além de se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos.

Marcos Sampaio<sup>64</sup> também se opõe à classificação geracional dos direitos fundamentais, considerando-a cheia de imprecisões e incorreções, servindo mais a justificar a baixa dedicação à implementação dos direitos sociais, que ao desenvolvimento teórico deles. Amparando-se nas palavras de Miguel Calmon Dantas<sup>65</sup>, aponta a existência de antecedentes de uma preocupação social com o indivíduo antes mesmo da constitucionalização formal do constitucionalismo social; concluindo que reduzir o reconhecimento dos direitos sociais a um momento tardio e posterior aos direitos civis contribui para justificar a implementação e concretização

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 209/210.

<sup>63</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53/54.

<sup>64</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78/79.

<sup>65</sup> *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

mais lenta desses direitos, passando a sensação de que sua eficácia está condicionada ao processo de desenvolvimento futuro<sup>66</sup>.

O perigo de uma supervalorização de uma espécie de direitos fundamentais em detrimento de outra, propiciada pela tradicional terminologia das gerações de direitos, também é denunciada por Leonardo Martins<sup>67</sup>, ao informar que boa parte da doutrina brasileira passou a adotar uma visão “historiográfica e conceitualmente incorreta”, identificando os direitos prestacionais à segunda geração, sucedânea de direitos de primeira geração, como sendo os únicos que segundo boa parte da doutrina brasileira poderiam ser analisados pela teoria liberal.

Diante desse quadro, grande parte da doutrina, ao apontar a tradicional classificação dos direitos fundamentais conforme a geração, também tem procurado apontar uma outra classificação, agora segundo a “dimensão”, ou seja, segundo o tipo de bem tutelado; permitindo concluir pela coexistência de direitos fundamentais de variadas “gerações” num mesmo momento histórico, supostamente superando uma das principais críticas à teoria geracional dos direitos fundamentais.

No entanto, com essa espécie de classificação, continua-se a incorrer no mesmo equívoco de se conceber os direitos fundamentais como se enquadrados em divisões estanques e incomunicáveis mutuamente, detentoras de normas de aplicabilidade exclusivas, esquecendo-se do importante aspecto da indivisibilidade e interdependência, que torna os direitos fundamentais potencialmente presentes em mais de uma dimensão.

Embora reconheça que os direitos não se encaixem em apenas uma das dimensões, não sendo possível estabelecer uma linha divisória estrita e precisa entre categorias individuais de direitos, André Ramos Tavares<sup>68</sup>, distingue os “direitos humanos de primeira dimensão” como sendo aqueles surgidos com o Estado Liberal do séc. XVIII, que, atualmente, engloba os direitos (liberdades) individuais e políticos; já os de segunda dimensão, os direitos sociais, são aqueles que visam oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais, são direitos que não se propõem a proteger o indivíduo perante o Estado, mas elaborar um rol de prestações dele exigíveis, que passa do isolamento

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>67</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501/503.

e da não intervenção a uma situação diametralmente oposta, no sentido da realização do princípio da igualdade.

Uma outra classificação dos direitos fundamentais tem como critério a espécie de obrigação conferida ao Estado diante do indivíduo, tendo como fundamento, segundo Gilmar Ferreira Mendes *et al*<sup>69</sup>, na doutrina dos “quatro status” em que o indivíduo poderia se encontrar frente ao Estado, desenvolvida, no final do séc. XIX, por Jellinek.

Informam os autores que, para Jellinek, haveria, assim: *a*) situações de subordinação aos Poderes Públicos, na posição de detentor de deveres para com o Estado (status passivo); *b*) situações de desfrute de um certo espaço de liberdade com relação às ingerências do Estado (status negativo); *c*) situações nas quais o indivíduo pode exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação (status positivo); *d*) situações de participação na formação da vontade do Estado, exercendo, por exemplo, o direito a voto (status ativo).

Trabalhando na mesma linha de ideias, para Walber Agra<sup>70</sup>, o “Status Passivo” corresponderia aos deveres que o cidadão tem perante o Estado, a coercitividade perante determinadas obrigações em razão das exigências da vida em sociedade de forma harmônica; já o “Status Negativo” protege o indivíduo de interferências arbitrárias dos entes estatais, vinculando a todos os Poderes Estatais; o “Status Positivo” fundamenta o direito de os cidadãos exigirem a prestação de uma densidade suficiente dos direitos fundamentais, permitindo o recurso ao Poder Judiciário a todos que se sentirem lesados por atos comissivos ou omissivos; e os “Status Ativos”, como sendo aqueles que oferecem condições para que todos possam participar da vida pública da maneira mais livre possível.

Ainda segundo Gilmar Ferreira Mendes *et al*<sup>71</sup>, essa teoria foi recebendo depurações ao longo do tempo, sendo possível dela decalcar espécies de direitos fundamentais: direitos de defesa (ou de liberdade) e direitos a prestações (ou cívicos), às quais se acrescentam os direitos de participação.

---

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331.

<sup>70</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 158.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>72</sup>, corroborando as lições de Jellinek, dependendo da matéria, o Estado pode ser obrigado a fazer algo ou se abster de atuar. Assim, os direitos fundamentais se estabelecem segundo três categorias de relações do indivíduo com o Estado. Numa primeira, estariam os direitos de resistência ao Estado ou à intervenção estatal ou direitos de defesa (negativos), que protegem o indivíduo contra a atuação do Estado, limitando a sua liberdade de atuação através de uma obrigação negativa de agir (dever de abstenção), a exemplo da liberdade de imprensa, vedação à tortura, liberdade de manifestação de pensamento, inviolabilidade da vida privada, sigilo de comunicações, proibição de penas de caráter perpétuo, dentre outros.

Pelos mesmos Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>73</sup>, numa segunda categoria, estariam os direitos prestacionais e sociais (positivos), pelos quais o Estado é demandado a agir (prestações positivas – obrigações de fazer ou de dar), a interferir na esfera individual, no intuito de melhorar as condições de vida, atenuar das desigualdades e garantir os pressupostos necessários ao exercício das liberdades, através de políticas públicas e medidas concretas de política social.

De modo que se disseminou a ideia de que os direitos fundamentais sociais pressupõem, ao contrário dos direitos fundamentais chamados clássicos, o *status positivus* da teoria de Jellinek e, como tal, uma relação jurídica bipolar entre o Estado e indivíduo em que o Estado é obrigado a prestar algo<sup>74</sup>.

Para George Marmelstein<sup>75</sup>, nos direitos sociais estariam abrangidas prestações materiais em sentido estrito, ou seja, o oferecimento pelo Estado de bens e serviços que os quais as pessoas não têm condições de adquirir no mercado; são os direitos sociais por excelência, concebidos para atenuar as desigualdades de fato na sociedade (saúde, educação, lazer, alimentação, moradia, segurança, trabalho, assistência social, dentre outros). Além desses, estariam abrangidos também as prestações normativas ou jurídicas, a criação de normas de tutela desses direitos.

---

<sup>72</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 5.

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>74</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92.

<sup>75</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74.

Por fim, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>76</sup> ainda abordam uma terceira categoria, os direitos políticos ou de participação estatal ativa (positivos), que abrangeriam, por exemplo, o direito ao sufrágio, ao referendo ou de pedir contas ao administrador público.

Igualmente às demais teorias de classificação de direitos fundamentais, esta também não está isenta de críticas e reparos. João Luiz M. Esteves<sup>77</sup> observa que, quanto à doutrina dos *status* de Jellinek, os direitos da liberdade exigem não só o *status negativus*, mas também um *status positivus*; ou seja, além de abster-se de interferir na vida do indivíduo, o Estado também deve assegurar que aquele exercite a sua liberdade, mas para isso o próprio Estado deve impedir o constrangimento de outro particular. Prossegue, afirmando que não haveria como atestar que direitos sociais exigem prestações positivas do Estado e que os individuais impõem um agir negativo, dado que existem direitos sociais, por exemplo, que, para serem efetivados, reclamam um não-agir estatal, como o direito de greve e o direito de livre organização sindical; casos em que o que se pretende do Estado também é um ato omissivo que visa assegurar uma conquista fundamental da sociedade democrática.

Apresenta-se, assim, conforme estabelece João Luiz M. Esteves<sup>78</sup>, superada essa tradicional tipologia 'positivos/negativos' dos direitos fundamentais, pois a construção jurídica pautada em um *status* negativo ou positivo do indivíduo em relação ao Estado é marca do individualismo consagrador das teses liberais dos séculos XVIII e XIX; de modo que nunca seriam possíveis a transformação ou a mudança na esfera socioeconômica-estatal se a interpretação jurídica ficasse amarrada ao arcabouço jurídico-ideológico de um tipo ou modelo de Estado.

Na ótica de Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Sarlet<sup>79</sup>, a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos, como se os direitos civis e políticos reclamassem apenas abstenções, enquanto que os direitos sociais sempre obrigassem a prestações positivas, está baseada numa visão de Estado Mínimo que não encontra guarida nem nos teóricos clássicos da economia política, como Adam

---

<sup>76</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>77</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 40.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 44/45.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

Smith e Davi Ricardo; esvaindo-se na medida em que se aceitam os pressupostos da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Por isso, os mesmos Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Sarlet<sup>80</sup> afirmam que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social, pois também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude da sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, a exemplo dos direitos dos trabalhadores.

Para Flávia Piovesan<sup>81</sup>, tanto os direitos econômicos, sociais e culturais, quanto os civis e políticos, demandam do Estado, tanto prestações positivas, quanto negativas. Para ela, é equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal.

Corroborando tais teses, George Marmelstein<sup>82</sup> leciona que a afirmação histórica de que a postura do Estado Liberal sempre foi uma postura meramente passiva não traduz totalmente a verdade; sendo essa afirmação apenas “uma meia verdade”, pois, no campo da repressão, o Estado liberal foi bastante ativo, extrapolando, muitas vezes, a proclamada condição de espectador, colocando-se ao lado dos detentores do capital na repressão aos trabalhadores. Era comum o apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir e prender lideranças operárias, apreender jornais, destruir gráficas; o que demonstra ser o discurso liberal uma via de “mão única”, protegendo apenas os interesses da burguesia. Quando a liberdade (no caso, a liberdade de reunião, de associação e de expressão) representava uma ameaça ao status quo, o Estado deixava de lado a doutrina do *laissez-faire*, passando a agir, intensamente, em nome dos interesses da burguesia; de modo que, qualquer semelhança com o Estado “neoliberal”, não seria mera coincidência. Assim, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam civis e políticos, sejam sociais, ambientais e culturais, exigem obrigações positivas ou negativas por parte do Estado, posto que não se realiza a primeira categoria apenas

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

<sup>82</sup> MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

por obrigações negativas, tanto quanto não se realiza os de segunda apenas com positivas.

Igualmente refutando a classificação dos direitos humanos em positivos e negativos, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>83</sup> informa que os direitos taxados de “negativos” também exigem “intensa atividade estatal”, pelo menos no que se refere à proteção contra a interferência de terceiros, como ocorre, por exemplo, por meio das funções de polícia, segurança, defesa e justiça. A par disso, direitos tidos como “positivos” também podem referir obrigações de não interferência, tanto para Estado, quanto para terceiros, na fruição de direitos econômicos, sociais e culturais pelos respectivos titulares.

Corroborando a linha de pensamento de autores da linha de Robert Alexy<sup>84</sup>, Alinie da Matta Moreira<sup>85</sup> considera o sistema apresentado por Jellinek rudimentar, pois entraria em colapso com a possibilidade de inclusão de ações estatais positivas e negativas no rol do status positivo; além do que, a princípio, a teoria não comportaria o reconhecimento de direitos sociais com características típicas de direitos de defesa, como aventam ser possível.

Analisando o direito de propriedade, que é direito civil por excelência, George Marmelstein<sup>86</sup> informa que, em sendo de “primeira geração”, corresponderia ao “status negativo”. Sem dúvida que uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreenderia a proibição de violação, salvo mediante regular processo expropriatório, com prévia e justa indenização (característica negativa). Todavia o autor obtempera que a plena proteção desse direito exige inúmeras obrigações positivas, a saber: a promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), a edição de normas para garantir o exercício do direito, o estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade dentre outras. Nesses casos, conclui, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade; mas, pelo contrario, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de

---

<sup>83</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34/35.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450.

<sup>85</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38/39.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

tornar a propriedade alvo fácil de criminosos<sup>87</sup>. Já o direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, teria, na classificação tradicional, status positivo. No entanto, como se observa, ele não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo, mas também através de condutas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado.

Partidário da insuficiência dessa classificação dos direitos fundamentais pelo tipo de prestação em positivos e negativos, João Luiz M. Esteves<sup>88</sup> também exemplifica que a manutenção de direitos individuais, como o de propriedade, depende de um agir positivo estatal, assim como a realização de eleições ou a manutenção da justiça eleitoral, revelando que existe um custo para o exercício de direitos políticos e tornando-se incontestável que o asseguramento de direitos individuais, sejam quais forem, necessitam de prestações positivas ou negativas do Estado, das quais podem decorrer custos.

No caso do direito à saúde, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>89</sup> afirmam que, dependendo da função que assumam, pode ser “de defesa”, ao impor sua proteção e resguardar o titular de ingerências ou agressões que o ameacem; ou, como “direito à prestação”, pressupor atividades (instituições, serviços, ações, procedimentos) por parte do Estado ou particulares que assegurem a sua fruição.

Essa linha de raciocínio, de agrupar direitos fundamentais em positivos e negativos (de abstenções e prestações), tem permitido ainda teorizar que existiriam obrigações estatais “de resultado”, cujas violações estatais se dariam por atos comissivos; e “de meio” ou “de conduta”, cuja violação se daria por atos omissivos; como noticia a própria Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>90</sup>, registrando, a par das demais outras classificações acima mencionadas, igual equívoco e insuficiência científica nessa concepção, haja vista que, tanto direitos civis e políticos, quanto econômicos,

---

<sup>87</sup> Para ilustrar esse aspecto oneroso de um direito dito de primeira geração, o autor informa que os Estados Unidos gastam, com segurança pública, várias vezes o valor que é gasto com a saúde, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

<sup>88</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 54/55.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39.

<sup>90</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37/38.

sociais e culturais, são efetivados por uma “gama simultânea de obrigações” (respeitar, promover, assegurar, etc); o que, de mais a mais, reforça a indivisibilidade desses direitos.

Assim, adotando uma “concepção mais flexível e constitucionalmente adequada” de direitos sociais, Cibele Gralha Mateus<sup>91</sup> elabora que são sociais os direitos que protegem espaços de liberdade, mesmo que para determinados segmentos da sociedade, objetivando, em princípio, a criação de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela manutenção do equilíbrio de forças.

A classificação teórica dos direitos fundamentais pelo critério da espécie de obrigação conferida ao Estado diante do indivíduo (positivos e negativos) está intrinsecamente ligada, e tem alicerçado outra classificação, também recorrente, que tem como critério a existência de custos financeiros para a efetivação do direito.

Por essa classificação, os direitos fundamentais civis e políticos (tidos como direitos de liberdade decorrentes das Revoluções Liberais e de um constitucionalismo de redução da intervenção estatal), como dependeriam apenas de uma postura omissa do Estado (não-agir, não intervir na liberdade individual, permitir condutas); não teriam custos financeiros de realização.

Em sentido contrário, os direitos econômicos, sociais e culturais (cuja origem remonta a formação do Estado Social e uma maior participação e intervenção do Poder Público na vida sociedade, gradualmente implementando direitos em prol da realização do princípio da igualdade material), como necessitariam de ser concretizados mediante ações estatais positivas (agir, prestações), a exemplo das políticas públicas para efetivação dos direitos sociais; haveria uma maior dependência do “quando” e “quanto” depender recursos públicos.

Com base nessa classificação, a dependência de fatores econômicos tem sido apontada como uma das principais causas restritivas à aplicabilidade imediata dos direitos sociais; como assevera Fabiana Okchstein Kelbert<sup>92</sup>.

Todavia, como se observa em George Marmelstein<sup>93</sup>, é igualmente equivocado considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos,

---

<sup>91</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

<sup>92</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações; ou seja, é errôneo pensar que os direitos de liberdade são sempre direitos negativos e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por “status”, desenvolvida por Jellinek, considera que os direitos civis e políticos teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir pelo Estado; por outra via, os direitos sociais e econômicos, teriam um status positivo, na medida em que a sua implementação necessitaria de uma ação por parte do Estado, o gasto de verbas públicas. Essa falsa distinção, repetida sem muito questionamento por quase todos os juristas, é a responsável pela principal crítica que pode ser feita à teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que enfraquece bastante a normatividade dos direitos sociais, e, como isso, retirando do Poder Judiciário a oportunidade de efetivar esses direitos.

Contudo, uma simples análise do orçamento estatal no Brasil comprova que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração, a exemplo, os gastos do Poder Judiciário, das polícias e corpos de bombeiros, presídios, agências reguladoras, eleições, conselhos de proteção da concorrência (a exemplo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), permitindo-se perceber que os chamados direitos civis e políticos também são bastante onerosos, e nem por isso se nega a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos.

Sobre os custos dos direitos, Alessandra Gotti<sup>94</sup> observa que, tanto existem direitos civis e políticos que custam muito, como a propriedade ou o acesso à justiça, quanto existem direitos econômicos, sociais e culturais que nada custam, como o direito de greve ou de associação; de modo que direitos sociais não são os únicos a demandarem alocação de recursos para sua efetivação.

Assim, segundo a análise de Marcos Sampaio<sup>95</sup>, se todos os direitos são caros e reclamam destinação de recursos financeiros, não é defensável objetá-los apenas com relação aos direitos sociais, senão com argumentos políticos e da ideologia econômica neoliberal que se assenta na acumulação e concentração da

---

<sup>94</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

<sup>95</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86 e 85.

riqueza, com a conseqüente diminuição da atuação estatal em prol dos direitos sociais.

Como afirma Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>96</sup>, os problemas de concretização são empecilho a todos os direitos, quer seja quanto ao paradigma liberal-clássico, quer seja com fundamento no modelo estatal-social, haja vista que a carência de procedimentos adequados, instrumentos jurídicos de defesa ou recursos orçamentários é comum a todos os direitos fundamentais; razão pela qual não haveria sentido em discriminá-los apenas quando se trate de direitos sociais a prestações materiais. Diante disso, conclui que a caracterização dos direitos sociais como sociais deve servir para iluminar as peculiaridades que detêm e não para negar-lhes efetivação sob o argumento de uma fundamentalidade ausente ou mitigada.

No arremate de George Marmelstein<sup>97</sup>, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade (negativos) não são onerosos e que os direitos sociais (a prestações) são onerosos. Na verdade, do ponto de vista estrutural e funcional, eles são equivalentes e se completam numa relação de interdependência. Reafirma, então, que essa falsa divisão afeta diretamente a aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo com a odiosa tese das meras normas programáticas como características dos direitos sociais, ficando a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, e vedando a interferência judicial.

Diante do que expusemos, entendemos ser lícito ressaltar que as classificações dogmáticas dos direitos fundamentais constam em abalizadas obras sobre o tema, contudo, igualmente, com a observação de que tais classificações precisam ser consideradas apenas em seus efeitos didáticos, merecendo ser revisadas na medida em que estratificam determinada categoria de direitos, secundarizando outras; o que, em última análise, significa secundarizar a eficácia e a concretização da própria Constituição, desconsiderando a universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

---

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 204.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

### **3 OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA PROGRAMATICIDADE À JURIDICIDADE.**

No presente capítulo discorreremos sobre a institucionalização da teoria das normas constitucionais programáticas, demonstrando a origem dessa construção teórica e sua influência na (in)aplicabilidade por ausência de juridicidade de determinada espécie de direitos fundamentais, os direitos considerados de “segunda geração” ou sociais.

Nesse iter, trataremos da universalização dos direitos humanos, com a Declaração Universal de 1948, e a fundação de um novo sistema ético de referência para o ordenamento jurídico, tendo como parâmetro a proteção integral da pessoa humana com fundamento na sua dignidade.

Debateremos a proposta dos países do bloco ocidental, liderado pelos Estados Unidos, de cingir os direitos humanos em dois pactos distintos (PIDCP e PIDESC) em razão do suposto modo diferenciado de implementar direitos “civis e políticos” (auto-executáveis), daqueles considerados “econômicos, sociais e culturais” (normas programáticas), verificando que, em consequência desse fato, perdurou a sustentação dogmático-teórica das normas constitucionais programáticas como um dos principais obstáculos à concretização de direitos fundamentais que envolvam prestações materiais com um maior comprometimento de ordem financeira, como se dá no caso dos direitos sociais; tidos como despojados de força normativa e, portanto, de judicialização.

Diante da teoria constitucional contemporânea, procuraremos demonstrar a superação da tese da mera programaticidade das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, mormente aquelas relacionadas à dignidade da pessoa humana, no oferecimento de um mínimo para uma existência digna; o que permite, em última análise, a correção via judicial das violações decorrentes de ineficácia ou omissão do Administrador Público.

### 3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: DO PÓS-2ª GUERRA MUNDIAL À GUERRA FRIA.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, inicializa-se um processo de internacionalização dos direitos humanos impulsionado pela maciça expansão das organizações internacionais com propósitos de cooperação. A vitória dos países aliados produziu importantes transformações no Direito Internacional, materializadas na Carta das Nações Unidas, de 1945, e suas Organizações.

O novo modelo de conduta, instalado nas relações internacionais pela Carta das Nações, de 1945, tem como foco a manutenção das relações internacionais, paz e segurança, cooperação no plano econômico, social e cultural, adoção de um padrão internacional de saúde, proteção ao meio ambiente, criação de uma nova ordem econômica internacional e, também, a proteção dos direitos humanos<sup>98</sup>.

Na Carta de 1945, embora contenha os fundamentos para o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, sobreleva os aspectos de cooperação econômica e estabelecimento de padrões uniformes de conduta para as nações do pós-guerra. Já no aspecto especial da proteção da pessoa humana, o legado das monstruosas violências perpetradas pelo nazismo durante a Segunda Guerra Mundial fez com que os direitos humanos se consolidassem no cenário internacional contemporâneo sob um novo paradigma ético de aproximação do Direito e da Moral, pela qual estaria a pessoa humana protegida integralmente em nome de sua dignidade; tarefa que foi atribuída à Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que, por sua vez, consolida a afirmação de uma “ética universal” a ser seguida pelos Estados<sup>99</sup>.

Compreendendo um “conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece a universalidade dos direitos humanos, a ser aplicado “a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide”<sup>100</sup>.

Outra característica importante da Declaração de 1948 é a consagração da indivisibilidade dos direitos de primeira dimensão (de cunho liberal, os civis e

---

<sup>98</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 203/204.

políticos), com aqueles erigidos mais recentemente aos textos constitucionais, através das Revoluções Socialistas, dos movimentos operários e das organizações sindicais (os de cunho econômico, social e cultural), em paridade de importância, interrelação, indivisibilidade e interdependência.

Conforme pontua Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 combina o discurso liberal da cidadania com o discurso social e introduz a concepção contemporânea de direitos humanos ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade<sup>101</sup>.

No entanto, o grande problema da Declaração Universal, de 1948, como observa Carlos Weis<sup>102</sup>, é que prevaleceu na doutrina majoritária o entendimento de que dela não decorreram direitos subjetivos aos cidadãos nem obrigações internacionais para os Estados, mas sim que suas disposições teriam natureza jurídica de recomendações, embora de caráter especial.

Ao questionar o valor jurídico da Declaração Universal de 1948, Piovesan explica que a Declaração não é um tratado, sendo adotada sob forma de resolução, que não tem força de lei, mas apenas o propósito, como proclama seu preâmbulo, de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU<sup>103</sup>.

Diante dessa uma suposta ausência de força vinculante e obrigatória da Declaração Universal de 1948, a ideia inicial durante os trabalhos da ONU para garantir a observância universal dos direitos nela previstos, numa sistemática de monitoramento e controle, segundo Flávia Piovesan<sup>104</sup>, seria a criação de um tratado internacional único, com o objetivo de incorporar os dispositivos contidos na Declaração de 1948, sob forma de preceitos jurídicos obrigatórios e vinculantes, nele contemplando, tanto os direitos de cunho liberal, quanto os de cunho social; ou,

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 206/208.

<sup>102</sup> WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm)>. Acesso em 13 agosto 2003.

<sup>103</sup> PIOVESAN, 2012, p. 210/211: Sobre esse aspecto, a autora discorda da posição majoritária, de “enfoque estritamente legalista” (p. 225). Para ela, a Declaração Universal tem força vinculante porque representa a “interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante da Carta das Nações Unidas” (p. 211). A autora cita, ainda, as palavras de Roosevelt, à época representante da Comissão de Direitos Humanos e dos EUA (*In: WHITEMAN, Digest of International Law*, 623, 1965), quanto às características da Declaração de 1948, o qual profere: “não é um tratado”, “não é um acordo internacional”, “não pretende ser um instrumento legal ou que contenha uma obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que será selada com a aprovação de todas as Nações” (p. 210/211).

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 228.

como afirma Carlos Weis<sup>105</sup>, a construção de uma “Carta Internacional de Direitos Humanos”.

Contudo, como os próprios Carlos Weis<sup>106</sup> e Flávia Piovesan<sup>107</sup> apontam, apesar da ideia inicial da criação de um tratado único de direitos humanos, a tônica foi a da divergência entre os países do bloco ocidental e os do bloco socialista.

Informam os respectivos autores que os países do bloco ocidental, liderados pelos Estados Unidos e potências europeias, defendiam a tese de que, como os processos de implementação seriam distintos para as duas categorias de direitos humanos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais), exigindo diferentes procedimentos de implementação; justificava-se a formulação de dois pactos diversos, um para cada espécie de direitos. Em síntese, entendiam que, enquanto os direitos civis seriam “auto-aplicáveis” e passíveis de cobrança imediata e submissão pelo sistema de denúncias; os sociais seriam considerados “programáticos” e demandavam realização progressiva, sem que se pudesse exigir do Estado sua concretização nem de denunciá-lo.

Na ótica de Fábio Konder Comparato<sup>108</sup>, as potências ocidentais insistiam no reconhecimento das liberdades individuais clássicas contra interferências estatais na vida privada, o que, para Carlos Weis<sup>109</sup> significou apenas a tentativa de conservação de uma noção individualista dos direitos humanos, diminuindo a importância das prescrições relativas ao estabelecimento de condições mínimas e de um padrão digno de existência social através da cooperação técnica e financeira dos países envolvidos; o que garantiria a permanência dos países subdesenvolvidos como fornecedores de produtos primários e de mão-de-obra barata.

Insurgindo-se contra esse intento das potências ocidental e europeias, os países do bloco comunista preferiam por em destaque os direitos que têm por objeto políticas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Defendiam os países daquele bloco a elaboração de um único pacto e sustentavam a tese de que nem em todos os países os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e os direitos sociais não, mas, a depender do regime,

---

<sup>105</sup> WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm)>. Acesso em 13 agosto 2003.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>108</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

os civis poderiam ser programáticos e os sociais auto-aplicáveis; além disso, afirmaram que a feitura de dois instrumentos distintos poderia significar uma diminuição da importância dos direitos sociais<sup>110</sup>.

Por fim, prevaleceu a tese defendida pelos países ocidentais, sendo elaborados dois tratados de direitos humanos, de 1966, sob diferentes espécies de direitos: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP, que cria a obrigação estatal de tomar providências necessárias para garantir a todos os indivíduos que se encontram em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos ali previstos; e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, que, diferentemente, determina a adoção de medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos<sup>111</sup>.

Como bem destaca Flávia Piovesan, o processo de juridicização da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos. Enquanto o PIDCP estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o PIDESC cria obrigações para os Estados, de realização progressiva, cuja pauta estaria condicionada aos recursos disponíveis<sup>112</sup>.

O PIDCP teria como regra o exercício imediato dos direitos ali contidos, sendo excepcional aqueles que necessitariam de intermediação legislativa. Em sentido diverso, o PIDESC indicaria que os direitos ali previstos seriam de exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e colaboração internacionais, a fim de dotar o Estado de meios que possibilitem o cumprimento das suas disposições<sup>113</sup>.

A razão da divisão dos direitos humanos em dois pactos distintos adveio da polarização política das relações internacionais e da leitura ideológica que se fazia dos direitos humanos, indicativos do período de guerra fria que se delineava<sup>114</sup>. Mas, como afirma Fábio Konder Comparato<sup>115</sup>, trata-se apenas de uma medida artificial, vez que o conjunto é um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os Pactos (PIDCP e PIDESC) é idêntico.

---

<sup>110</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229 e 243.

<sup>111</sup> WEIS, *ibidem*; PIOVESAN, *idem*, p. 229.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 226, 242/243.

<sup>113</sup> WEIS, *ibidem*, p. 56/57.

<sup>114</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

Carlos Weis<sup>116</sup> corrobora essa afirmação, ao referir que a tentativa de se partir os direitos humanos em duas categorias de importância distinta foi posta por terra menos de dois anos depois da adoção dos Pactos Internacionais, na Conferência de Teerã (1968)<sup>117</sup>, na qual se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Para o autor, as diferenças fundadas em razões processuais, quanto ao regime de aplicação diferenciado, não implicariam negar a sua unidade conceitual, sua interdependência e recíproco condicionamento.

De fato, como afirma Flávia Piovesan<sup>118</sup>, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Por outro lado, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação; não havendo, assim, mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social.

Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>119</sup> segue o raciocínio, ao afirmar que, se os direitos humanos formam um todo uno e indivisível, é lícito concluir que as medidas de concretização de uns, inevitavelmente repercutem na fruição plena do restante.

Visto o contexto histórico da universalização dos direitos humanos, no pós 2ª Guerra Mundial, e da criação dos subsequentes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é preciso agora passar à análise das consequências para os direitos fundamentais da importação dessa ideologia para ordem constitucional brasileira: a teoria das normas constitucionais programáticas.

### 3.2 A PROGRAMATICIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA SONEGAÇÃO.

Apesar da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, marcada pela Declaração Universal de 1948 e retificados em posteriores

---

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> Adotada em 25 de junho de 1993. A propósito, seu § 5º estabelece que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”; Cf. PIOVESAN, 2012, p. 219.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 209/210.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*.

tratados internacionais<sup>120</sup>, ao momento de sua positivação constitucional no Brasil, parece ter prevalecido o entendimento resultante do embate ideológico entre os países Capitalistas e Comunistas, que cingiu os direitos humanos em categorias diferenciadas de implementação, sendo disseminada a doutrina da programaticidade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais, como se isso confirmasse, no dizer de Flávia Piovesan<sup>121</sup>, a “equivocada noção” de que uma dessas categorias merece inteiro reconhecimento e respeito, e a outra não.

Graças à caracterização legal que lhes fora dada, que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos econômicos, sociais e culturais, parte da doutrina sequer os reconhecem como verdadeiros direitos positivos, mas sim naturais ou normas morais, como leciona Carlos Weis<sup>122</sup>, ao citar Maurice Cranston<sup>123</sup>, que, por sua vez, só admite como direitos humanos os direitos civis e políticos, faltando aos econômicos, sociais e culturais os requisitos da praticabilidade, universalidade e clareza quanto às obrigações decorrentes de suas prescrições, conteúdo e sujeito passivo.

Tal como afirma Elival da Silva Ramos<sup>124</sup>, o grande problema para a realização de direitos sociais é que tais previsões constitucionais eram reputadas como “normas programáticas”, de eficácia limitada e dimensão prospectiva. Ou seja, tais normas eram tidas como meras propostas, planos, diretrizes, projetos de realização, portanto, destituídas de qualquer força normativa vinculante para os agentes públicos, na medida em que sua concretização estava fora da ambiência da tutela judicial, não gerando para o cidadão direitos subjetivos postuláveis contra o próprio Estado, mas sim estavam dependentes unicamente do poder discricionário (decisões políticas e ações governamentais do Executivo e Legislativo) e da disponibilidade futura e incerta de recursos financeiros do Estado. Na sintética expressão de Paulo Bonavides<sup>125</sup>, eram normas dotadas de programaticidade máxima e normatividade mínima.

---

<sup>120</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30/31: Convenção de Teerã, de 1968; e Conferência de Viena, de 1993.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>122</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

<sup>123</sup> *O que são os direitos humanos?* São Paulo: Difel, 1979, p. 65.

<sup>124</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

<sup>125</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229 e 233.

Esse inteiro desprezo por uma categoria de direitos, demonstrada durante a elaboração dos dois Pactos Internacionais de 1966, parece ser bastante clara no caso dos Estados Unidos, na medida em que o PIDCP foi o último tratado de direitos humanos ratificado por aquele país, negando-se, doravante, a ratificar todos os tratados internacionais de proteção de direitos de segunda e de terceira geração; tendo, inclusive, o seu Congresso Nacional deixado de ratificar o PIDESC; como denunciam George Marmelstein e Fábio Konder Comparato<sup>126</sup>.

Para o constitucionalismo brasileiro, a herança dessa concepção cingida de direitos humanos resulta na introdução da classificação das normas constitucionais pelo critério de sua eficácia ou aplicabilidade, em 1968, por José Afonso da Silva<sup>127</sup>, que, em termos sintéticos, classificou-as em *self executing provisions* (auto-aplicáveis ou auto-executáveis) e *not self executing provisions* (não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis)<sup>128</sup>.

Carlos Weis<sup>129</sup> posiciona-se com atenção sobre a origem da teorização das normas programáticas, advinda da redação dos dois Pactos Internacionais, em razão do modo como essas duas espécies de direitos poderão ser exercidos: enquanto o PIDCP põe como regra o exercício imediato, sendo exceção aqueles que precisem de mediação legislativa; o PIDESC indica que os direitos ali previstos são de mero exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e cooperação internacionais, a fim de se adotar o Estado os meios que possibilitem o cumprimento das disposições ali contidas; o que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos sociais, econômicos e culturais.

No entanto, continua o autor, tal pensamento apenas revela a confusão existente entre a característica da implantação progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais, com o que se convencionou chamar de normas programáticas,

---

<sup>126</sup> MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010; e COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>127</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed. 1998; cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 132/133; e. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243/244.

<sup>128</sup> Cf. BONAVIDES, *idem*, p. 241; e GUERRA FILHO, *idem*, p. 132.

<sup>129</sup> WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm)>. Acesso em 13 agosto 2003.

pois o fato de tais direitos possuírem uma forma própria de eficácia não significa que sejam “meros sinalizadores de ação estatal”.

Assim, registra ainda Carlos Weis<sup>130</sup>, que a doutrina vem reexaminando tal dogma, entendendo que a Constituição deve ser entendida como um documento jurídico, dotado de exigibilidade e obrigatoriedade, como os demais preceitos jurídicos, pois todas as normas geram direitos subjetivos para seus cidadãos, mormente as concernentes à justiça social, inclusive as programáticas.

Sensível à questão das diferentes formas de absorção dos tratados internacionais de direitos humanos pelas Constituições e a nociva propagação dogmática de uma ordem de direitos como merecedora de menor consideração jurídica, Paulo Bonavides<sup>131</sup> registra que os constitucionalistas do Estado Liberal não se depararam com a necessidade de uma classificação das normas constitucionais, porque também não se depararam com o problema de sua juridicidade; contudo, o drama das Constituições contemporâneas assenta justamente na dificuldade de passar de enunciação de princípios à ordem concreta das normas.

Refere ainda Paulo Bonavides que os direitos sociais representaram uma estupenda novidade para o Direito Constitucional, mas as Declarações que os inseriam dificilmente obtinham uma redução jurídica fácil, de modo a dotá-los de aplicabilidade direta e imediata, por essa razão, as antigas Constituições viram criar em torno de si o clima da programaticidade jurídica (ausência de positividade), o que representou uma queda do grau de juridicidade (normatividade mínima e programaticidade máxima), deixando a Constituição de ser jurídica para se tornar política<sup>132</sup>.

Diante disso, Paulo Bonavides aponta como sendo um dos principais problemas do Constitucionalismo Contemporâneo justamente a determinação do grau de juridicidade das normas programáticas, o seu grau de eficácia e aplicabilidade, haja vista a “fragilidade” da norma programática suscitar dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servido pretexto cômodo à inobservância da Constituição; recomendando que o Estado de Direito do Constitucionalismo Social

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 241.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 233/234.

absorva a programaticidade das normas constitucionais e atribua a elas eficácia vinculante<sup>133</sup>.

Como aponta Walber de Moura Agra<sup>134</sup>, o “ponto nevrálgico” do modelo de Estado Social foi a promessa de garantia dos direitos sociais através de normas programáticas, que assumiram, em um primeiro momento, uma conotação política, de conteúdo não obrigatório, estabelecendo apenas metas a serem alcançadas pelo Estado. Realizáveis através de políticas públicas, necessárias para conduzir sua passagem do mundo normativo para o real, passaram a simbolizar efeitos retóricos dos governantes.

De fato, o embate Capitalismo-Comunismo, que ficou marcado na ONU durante a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, revelou o interesse das nações de modelo econômico liberal em não se vincular a direitos individuais que demandem um maior comprometimento de recursos orçamentários e um maior envolvimento de competências técnicas e fiscalizadoras para com o bem público; privando-os de exigibilidade e preferindo incluí-los dentre aqueles de realização gradual, a cargo dos interesses políticos e das circunstâncias econômicas, mantendo-se assim um grau mínimo de intervenção estatal nas questões sociais.

No caso dos direitos sociais, o enquadramento das suas normas como tendo eficácia meramente programática, longe de significar um verdadeiro compromisso de planejamento, dotação, fiscalização, atuação e, sobretudo, implementação eficaz de direitos pelo Estado; transformou-os paulatinamente em promessas vagas e longínquas, cujo descumprimento pelos agentes públicos vem se justificando genericamente pela escassez de recursos.

A concretização de direitos sociais, colocado a mercê apenas da vontade política (poder de conformação legislativa), transformou-se em moeda de barganha eleitoral junto às camadas mais carentes da população – principais destinatários dos direitos sociais –, expressando, não uma “obrigação do Estado”, mas sim se transmutando num “favor dos governantes eleitos”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 236, 245, 237.

<sup>134</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15.

<sup>135</sup> Para MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 318/319; os governantes, tradicionalmente têm sido ineficientes em promover os direitos sociais voluntariamente. Esses direitos nunca foram mesmo levados a sério – prossegue o autor. Ainda se pensa que políticas sociais são preocupações de primeira-dama ou então que são problemas de

Esse messianismo constitucional, pelo qual os representantes eleitos (Poderes Legislativo e Executivo) insistem em se apresentar à sociedade na condição de únicos responsáveis pela realização de direitos fundamentais condutores da igualdade substancial, relegando o Poder Judiciário a um papel secundário no esquema de poderes e funções estatais, à moda do ultrapassado modelo de Estado pós-Revolução Francesa<sup>136</sup>, apesar de acirrada resistência, vem perdendo espaço na atualidade por variadas razões, muitas delas ligadas à crise da concepção da democracia representativa como única via de acesso à cidadania<sup>137</sup>.

Além disso, a revitalização do papel normativo e eficaz das normas constitucionais, e o compromisso de cada um dos poderes estatais voltado à ampla concretização da Constituição, permite um questionamento acerca do princípio da separação de poderes em sua teorização original, abrindo espaço para a judicialização de políticas públicas; prática que vem se tornando cada vez mais frequente em nosso país.

---

caridade cristã, ou pior, moedas de voto, como um favor que o político concede aos seus eleitores famintos em troca de apoio eleitoral – finaliza o autor.

<sup>136</sup> Constitucionalismo Clássico, do Estado Liberal. Sobre isso, ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 70; registra que o esquema dogmático que atribuiu ao legislador a edição das leis e ao julgador a sua aplicação remonta a época das Revoluções burguesas do séc. XVIII e XIX, que declarava a supremacia do parlamento como poder do qual emana a vontade geral da nação a qual nenhuma outra poderia estar sublevada – ideia que permaneceria no constitucionalismo francês até pelo menos o primeiro terço do séc. XX.

<sup>137</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55, declara que, “na contemporaneidade, especialmente no Brasil, diante da necessidade de afirmação do texto constitucional, urge promover-se uma separação do ideário simplista da atribuição de direitos aos cidadãos (benesse populista), que permanecem em situação de passividade diante da benevolência, negligência ou omissão deliberada do poder público”. OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 297/298, afirma que as políticas públicas devem ser construídas a partir de indicações constitucionais, mas o apego ao paradigma liberal-individualista permite ampara a concepção de que há completa discricionariedade no processo de construção de políticas públicas. Além disso, outro grave problema envolvendo a questão decorre do alto grau de patrimonialismo das estruturas administrativas, como consequência, um planejamento administrativo marcado pela pessoalidade e incapaz de desenvolver processos sérios (e não populistas) de inclusão. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109/110, afirma que a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela “corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”, frequentemente norteadas pela “troca de favores”; contexto em que o povo, manipulado em suas necessidades básicas, acaba por “perder a autonomia crítica de seus representantes”, gerando desperdício de recursos públicos e pouco se produzindo em promoção de direitos fundamentais.

### 3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NOVO SISTEMA ÉTICO DE REFERÊNCIA MUNDIAL.

É unânime a doutrina quanto à dificuldade de se definir um dos conceitos mais essenciais do Constitucionalismo: a dignidade humana. Como indica Maria Celina Bodin de Moraes<sup>138</sup>, passados mais de 15 anos da promulgação da Constituição, a doutrina se aprofunda e se avolumam o número de obras editadas na busca de um conceito reconhecidamente vago, fluido, indeterminado, polissêmico e de uso indiscriminado.

Essa dificuldade de conceituação pode ser verificada na feliz expressão de Ingo Sarlet<sup>139</sup>, para quem, mesmo não havendo dúvidas que a dignidade é algo real, parece ser mais fácil dizer o que ela não é, do que expressar o que ela é<sup>140</sup>.

Na construção do conceito de dignidade recorre-se à Filosofia, à Política e à História, não cabendo ao ordenamento jurídico determiná-lo, definir suas características ou avaliar a dignidade<sup>141</sup>.

Além disso, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma “categoria axiológica aberta”, não podendo ser definida de maneira “fixista”, posto que “não se harmonizaria com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas”, mas sim um conceito em constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Mesmo assim, a necessidade de um conceito minimamente objetivo se impõe em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica<sup>142</sup>.

Como nos alerta Eduardo C. Bittar<sup>143</sup>, ainda que a vagueza da expressão represente um desafio insuportável para a razão dos céticos, deve-se superar a sensação de beco, de encruzilhada sem direção, por uma outra, pois dignidade

<sup>138</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 107/108, 111.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010, p. 48.

<sup>140</sup> Como registra BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 254; “não há quem possa, sem seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”.

<sup>141</sup> MORAES, *ibidem*, p. 116.

<sup>142</sup> SARLET, *ibidem*, p. 49 e 67.

<sup>143</sup> BITTAR, Eduardo. C. *Heremênutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-Modernidade*. *In*: FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da pessoa humana (fundamentos e critérios interpretativos)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253.

humana é, antes de tudo, uma expressão que serve como fundamento do Direito e do próprio Estado, norte das ações governamentais, *télos* das políticas sociais, princípio hermenêutico, diretriz para a legislação infraconstitucional, base para a aplicação judicial dos direitos, ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico, foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana, núcleo de sentido das práticas jurídicas e fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana.

A noção de dignidade sempre permeou o pensamento humano. Sua ideia “é a convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental”; não está ausente do pensamento grego e ganha alento com o cristão, com a cultura de que todos são iguais perante a criação<sup>144</sup>.

De fato, podemos observar que, durante a própria evolução da sociedade até os dias de hoje, a percepção de “dignidade” também veio sofrendo mutações, perpassando da noção social, à metafísica, até a racional.

Na Antiguidade Clássica, a dignidade (*dignitas*) era um atributo social, um conceito atrelado à cidadania. Representava a posição ocupada pelo indivíduo na sociedade, o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade; havendo, portanto, pessoas mais ou menos dignas<sup>145</sup> que outras. *Dignus* é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante<sup>146</sup>.

A partir das formulações do jurista e filósofo romano Marco Túlio Cícero, desenvolveu-se a compreensão da dignidade considerada além da concepção dada pela posição social ocupada pelo indivíduo na Antiguidade Clássica, coexistindo com uma forte vinculação à imposição natural, pois, se todos nascem submetidos às mesmas leis naturais, seria vedado que uns prejudicassem a outros. A dignidade passa a ser entendida também como a pretensão de respeito e consideração a que cada ser humano faz jus (sentido moral)<sup>147</sup>.

O Cristianismo foi o responsável por atribuir um sentido moral ou divino à dignidade, ou seja, pela concepção de uma dignidade advinda da relação individual com Deus, sendo o homem centro da criação<sup>148</sup>, imagem e semelhança de Deus<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> BITTAR, *ibidem*, p. 239/266.

<sup>145</sup> SARLET, *ibidem*, p. 32.

<sup>146</sup> MORAES, *ibidem*, p. 107.

<sup>147</sup> SARLET, *ibidem*, p. 33.

<sup>148</sup> MORAES, *ibidem* p. 112.

De inspiração jusnaturalista, entendia-se que o homem possuía direitos básicos e naturais que deveriam ser respeitados, inclusive impondo limitação ao poder absolutista e monárquico<sup>150</sup>.

Contudo, como observa Eduardo C. Bittar<sup>151</sup>, são os filósofos modernos que darão uma configuração mais precisa para o tema, sendo Immanuel Kant o “portal do Iluminismo” e o “referencial teórico da Modernidade”. Para Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>152</sup>, a Modernidade quebraria a lógica da dignidade derivada “da imagem de Deus”, na medida em que o humanismo característico desse período revalorizaria o homem, colocando-o no “centro do mundo”.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>153</sup> refere que, em 1486, as ideias de Giovanni Pico, Conde de Mirandola, proferidas na “*Oratio de Hominis Dignitate*” – texto considerado o discurso fundador do renascimento humanista, o primeiro horizonte da Modernidade –, vinculavam a dignidade humana ao compromisso com a valorização filosófica do homem, não referindo à necessária e habitual relação de subordinação, de causa e consequência, entre criador e criatura dos textos anteriores (sentido metafísico); tanto que suas teses foram consideradas heréticas pelo Papa Inocêncio VIII, muito embora viesse a ser absolvido posteriormente pelo Papa Alexandre IV.

Pico reconhecia o homem como criatura de Deus, mas afirmava que a ele fora atribuída uma natureza indefinida para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, capaz de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseje<sup>154</sup>.

Ingo Sarlet<sup>155</sup> registra, no entanto, que apenas por Samuel Pufendorf foi possível encontrar uma ruptura definitiva com a tradição metafísica anterior e a elaboração de uma formulação tipicamente secular e racional da dignidade humana. Para Pufendorf, a dignidade não está fundada na natureza, no prestígio social nem numa concessão divina, mas sim na liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento, cabendo ao monarca respeitar essa condição.

---

<sup>149</sup> SARLET, *ibidem* p. 34.

<sup>150</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 11.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>152</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>154</sup> SARLET, *idem*, p. 35.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 35/36.

Já com Immanuel Kant (em “Crítica da Razão Prática”, de 1788), o processo de secularização do conceito de dignidade se completa, servindo como base doutrinária até os dias de hoje. Abandonando-se completamente as “vestes sacrais”, com base na autonomia ética do ser humano e na sua natureza racional, “dignidade” seria entendida então como o atributo exclusivo da pessoa humana, como a faculdade de determinar a si mesmo e agir conforme certas leis. Para Kant, o homem é o fim em si mesmo e não como meio de uso arbitrário dessa ou daquela vontade; repudiando-se toda e qualquer forma de coisificação e instrumentalização do ser humano. Quando uma coisa não tem preço, quando está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, ela tem dignidade<sup>156</sup>.

Apresentadas a construção histórica e a referida dificuldade na definição de seu conceito, ateremo-nos à proposição de Ingo Sarlet<sup>157</sup> para a dignidade humana; nos seguintes termos:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Muito embora a noção mais precisa da dignidade tenha sido construída pela Modernidade, Eduardo C. Bittar<sup>158</sup> conclui que ela é uma herança para a Pós-Modernidade, na medida em que perpassa por uma compreensão não-unilateral das culturas, projetando-se para fora das fronteiras e distinções regionais, para alcançar o plano das relações entre os povos, com profundo respeito às diferenças e afirmação das multiculturalidades; só havendo, portanto, dignidade quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada em suas diversas dimensões, o que impõe a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana.

A dignidade passa assim a ser entendida definitivamente como uma inerência do ser humano enquanto sujeito de direitos, simplesmente entendido enquanto “ser”.

---

<sup>156</sup> SARLET, *ibidem*, p. 37/42.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 263/264.

Nas palavras de Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>159</sup>, a dignidade é compreendida como “qualidade intrínseca de todo o ser humano”, sendo “irrenunciável e inalienável, qualificando-o como tal e dele não podendo ser destacada”. Como consequência, todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal<sup>160</sup>.

Assim, a dignidade da pessoa humana passa a ser o fundamento, o ponto de convergência, da ordem jurídica internacional do pós Segunda Guerra Mundial, e da qual a maioria das nações do mundo ocidental hauriram o substrato constitucional de suas ordens internas.

O imperativo categórico kantiano informa-se pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana, a qual inspira a regra ética maior, de respeito pelo outro, torna-se comando jurídico no Brasil, com a Constituição de 1988<sup>161</sup>, assim como o fez em outras partes, especialmente com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas pelo nazifacismo, que foram encartadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>162</sup>.

A partir da Declaração Universal de 1948, a dignidade passa a ser inerente a todos os membros da família humana e tudo que tenda a desumanizar o homem será considerado como um atentado a esta dignidade<sup>163</sup>.

De fato, como observa Jorge Reis Novais<sup>164</sup> no Estado Social, a dignidade da pessoa humana não é mais a do “individualismo possessivo, a do homem burguês e isolado”, que garantia uma esfera de autonomia livre de qualquer intervenção

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>160</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 115/116.

<sup>161</sup> Muito embora a dignidade da pessoa humana esteja alçada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), isso ocorreu apenas na Constituição brasileira de 1988; MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44/45; registra que a Constituição brasileira de 1934, inspirada no Constitucionalismo Social emergente na Europa, previu, pela primeira vez no Constitucionalismo brasileiro, um capítulo dedicado à ordem econômica e social, vinculando-o diretamente à garantia de uma “vida digna” (art. 115), muito embora no período histórico no qual estava inserida aquela Constituição (Estado Novo), um regime político ditatorial, consideravam-se direitos constitucionalmente assegurados como “mera previsão”.

<sup>162</sup> MORAES, *ibidem*, p. 115/116.

<sup>163</sup> PAVIA, Marie-Lucie. La dignité de la personne humaine. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (org.). *Libertés et droits fondamentaux*. 6 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 121/139; *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

<sup>164</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed, 2011, p. 53, 56.

estatal; mas sim aquela própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, socialmente vinculado ao cumprimento de direitos e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição de possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos. No Estado de Direito de nossos dias são as ideias do pluralismo, tolerância, neutralidade confessional e inclusividade, baseadas na igual liberdade e dignidade de cada um, que mais adequadamente correspondem à atualização do ideal de racionalização e limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Oswaldo Canela Júnior<sup>165</sup> assenta que o descaso com os direitos fundamentais sociais perdurou até o fim da 2ª Guerra Mundial, quando as nações mundiais se reuniram para declarar, em 1948, que o homem era o centro de irradiação contínua de direitos não suscetíveis de restrição, senão por consenso de toda a comunidade e com vistas à proteção do bem comum, e que a dignidade humana era o bem maior da humanidade, seu bem soberano; sendo adotado um novo “sistema ético de referência” a ser institucionalizado nas diversas Constituições.

Realmente, para Ingo Sarlet<sup>166</sup>, a partir da 2ª Guerra Mundial, a dignidade humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, após ter sido consagrada pela Declaração Universal, de 1948.

Como afirma Jorge Reis Novais<sup>167</sup>, mesmo sendo formalmente acolhido no texto constitucional, adquirindo foros de relevância jurídica e força normativa; o princípio da dignidade da pessoa humana não perde a sua feição de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito Material.

Com base na “formula do objeto”, de clara inspiração kantiana, que passou a ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão do pós-2ª Guerra Mundial, Novais<sup>168</sup> informa que a pessoa será inconstitucionalmente degradada e coisificada quando o Estado a afete desnecessária, fútil ou desproporcionalmente ou quando se proceda a uma “instrumentalização da autonomia individual” ou uma “redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade” que não

---

<sup>165</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32, 116.

<sup>166</sup> SARLET, *ibidem*, p. 72.

<sup>167</sup> *ibidem*, p. 51.

<sup>168</sup> NOVAIS, *idem*, p. 57.

sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica” e “efetuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes.

Segundo Flávia Piovesan<sup>169</sup>, no processo de reconstrução dos direitos humanos, do pós-2ª Guerra Mundial, encontramos, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. Como consequência, tanto no âmbito internacional, quanto no interno, a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade, passando a dignidade humana a simbolizar, segundo a autora, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. Sob essa ótica, a Constituição brasileira de 1988 elege o valor da dignidade humana como “valor essencial, que lhe dá unidade de sentido”, destacando-se, dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana<sup>170</sup>.

No caso específico dos direitos sociais, a adoção da dignidade enquanto princípio resulta na possibilidade de se reconhecer um direito ao mínimo existencial – conceito que aprofundaremos logo abaixo –, possibilitando, por exemplo, impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, de modo a evitar que a pessoa humana seja obrigada a viver em condições de penúria extrema e, involuntariamente, transformada em “mero objeto do acontecer estatal”; como observa Jorge Reis Novais<sup>171</sup>.

### 3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>172</sup> informam que a noção de um direito fundamental às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade, ou seja, a garantia de um mínimo indispensável para uma existência digna, teve sua

<sup>169</sup> *Idem*, p. 85, 87.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 82, 84.

<sup>171</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed, 2011, p. 64.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

primeira e importante elaboração dogmática na Alemanha do pós 2ª Guerra Mundial, cabendo a Otto Bachoff, através da obra “*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*”, durante a década de 50, a sustentação de que o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, da Lei Fundamental da Alemanha, não reclamaria apenas uma garantia de liberdade, mas também um mínimo de segurança social, posto que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Em termos concretos, o direito à vida e à integridade corporal não poderiam ser concebidos meramente como proibição de destruição da existência (direito de defesa), impondo, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

Ainda como informam Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>173</sup>, cerca de um ano depois da formulação de Bachoff, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material (manutenção de suas condições de existência) por parte do Estado, tendo como base a dignidade da pessoa humana.

Sem esquecer de que o valor necessário para garantia das condições mínimas de existência evidentemente está sujeito a câmbios, posto que depende da realidade econômica, financeira e às expectativas e necessidades do momento; o desenvolvimento posterior da doutrina permitiu concluir que o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, pelo qual se garantiria a vida humana sem abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas ou com certa qualidade<sup>174</sup>.

Além disso, o mínimo existencial – compreendido como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna – vem sendo identificado como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, e, dada a sua correlação fundamental com a dignidade da pessoa humana, resta blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e Sociedade<sup>175</sup>.

Alessandra Gotti<sup>176</sup> identifica o mínimo existencial com o núcleo material essencial da dignidade da pessoa humana. Tal locução, explica ela, indica o

---

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61 e ss.

conjunto de bens e condições materiais para a existência física e para o exercício da própria liberdade; representa um “piso abaixo do qual não há dignidade”; é blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade e com relação ao qual não se admite a arguição da teoria da reserva do possível. Assim, a violação do mínimo existencial, isto é, a não garantia de tais condições elementares, importa o desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material, ou seja, constitui-se “omissão inconstitucional”.

Mônica Serrano<sup>177</sup> localiza o surgimento da garantia do mínimo existencial justamente ligado à dificuldade de efetivação dos direitos sociais, diante da limitação fática imposta pela escassez de recursos para a concretização de políticas públicas (reserva do possível), momento em que se passou a aplicar a razoabilidade para equilibrar as possibilidades econômicas com a efetivação de direitos mínimos e irremissíveis garantidos constitucionalmente, impondo ao Estado, na escolha de alocação de recursos, as prioridades fundamentais da República, dentre as quais, encontram-se a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Eduardo Cambi<sup>178</sup> propõe um conceito de mínimo existencial decantado da primeira parte do art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, o qual dispõe que os Estados reconhecem o direito de toda pessoa a um nível adequado de vida para si próprio e sua família, incluindo-se alimentação, vestimenta e moradia, assim como a melhoria contínua das suas condições de vida. No plano interno nacional, embora o ordenamento jurídico não possua parâmetros objetivos, por outro lado, também não o define, restando o preenchimento de tal conceito a cargo da hermenêutica jurídica, a partir de critérios sugeridos pelo utilitarismo negativo, assim como no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade.

Em seguida, Eduardo Cambi passa a identificar o núcleo elementar do valor dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, expresso pelo conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas, indispensáveis ao

---

<sup>177</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 44/45.

<sup>178</sup> CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 392/394.

desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como o reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade; de modo que propõe um direito fundamental ao mínimo existencial de caráter variável, relativo e particular, de conceito flexível, por versar sobre problemas quantitativos, não merecendo ser rigidamente delimitado, mas desenvolver-se numa perspectiva aberta e casuística.

Razão pela qual, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>179</sup> ressalva que, não tendo sido consagrada explicitamente pela Constituição brasileira, o mínimo existencial é delimitado conceitualmente pela doutrina, ora como dado pré-constitucional, ora como direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida, integridade física e corporal, à dignidade da pessoa humana e uma série de direitos fundamentais. De todo modo, a concepção do mínimo existencial pode ser reconduzida ao intento da superação prática da dificuldade de concretização de direitos sociais a prestações, devido à falta de eficácia jurídica e baixa densidade normativa, carente de interposições legislativas conformadoras, ao Estado competindo a prestação de condições mínimas à consecução de uma vida digna, em que estão contidos os deveres de disponibilizar boa educação e saúde, por exemplo.

### 3.5 A EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

A tese da mera programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais – por transferir sua concretização para o poder discricionário do Legislativo, retirando por completo a sua juridicidade e, com isso, a possibilidade de judicialização – merece superação doutrinária, vez que representa um obstáculo à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho<sup>180</sup>, embora a classificação das normas constitucionais, que foi introduzida no constitucionalismo brasileiro por José

---

<sup>179</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188, 191.

<sup>180</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 134.

Afonso da Silva, na segunda metade dos anos 60 do século XX, tenha, à época, sido acolhida pela doutrina constitucional, invariavelmente não escapou de um ponto curial: a redução de eficácia das normas constitucionais, como aquelas que consagram direitos sociais.

Por essa razão, como nos advertem Willis Santiago Guerra Filho<sup>181</sup> e Carlos Weis<sup>182</sup>, atualmente, o próprio José Afonso da Silva, sob o influxo da doutrina estrangeira, especialmente a do italiano Vezio Crisafulli, e da nacional, na pessoa de Rui Barbosa; vem disseminando a ideia da inexistência de norma constitucional desprovida de eficácia, superando-se, assim, a teoria de origem anglo-saxã, acerca da classificação das disposições constitucionais.

Citados por Paulo Bonavides<sup>183</sup>, Vezio Crisafulli, na obra intitulada “*La costituzione e le sue disposizioni di principio*” (Milão, 1952), assinala o reconhecimento da eficácia das normas constitucionais exclusivamente programáticas, a natureza obrigatória do vínculo dessas espécies normativas para com os órgãos legislativos e a consequente invalidade das leis subsequentes que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas. Por sua vez, Rui Barbosa, em “Comentários à Constituição Federal Brasileira”<sup>184</sup>, assenta que não há numa Constituição proposições ociosas, sem força cogente, cláusulas cujo valor se possa atribuir como meros conselhos, avisos ou lições; tendo todas elas força imperativa de regras.

João Luiz M. Esteves<sup>185</sup> enxerga no caráter jurídico-dogmático que procura enquadrar os direitos individuais e sociais em categorias diferenciadas de direito, o escopo principal de negar operatividade aos direitos sociais; sendo, como afirma Flávia Piovesan<sup>186</sup>, a ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais uma questão meramente ideológica e não científica.

Para Elival da Silva Ramos<sup>187</sup>, de acordo com o princípio da força normativa da Constituição, a solução de problemas jurídico-constitucionais deve basear-se em

---

<sup>181</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>182</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59.

<sup>183</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247, 236, 286.

<sup>184</sup> II, p. 489

<sup>185</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 47/48.

<sup>186</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

<sup>187</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192.

pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição normativa, contribuam para otimizar a eficácia da lei fundamental, buscando-se o sentido que maior eficácia lhes dê.

Amparando-se na obra “A Constituição Simbólica”, de Marcelo Neves, Anabelle Macedo Silva<sup>188</sup> chama a atenção para os perigos da inefetividade constitucional através de uma “constitucionalização simbólica”, verificada quando da “prevalência do significado político-ideológico latente das disposições constitucionais em detrimento de seu sentido normativo aparente”; ou seja, ao se reconhecerem direitos fundamentais, mas, na prática, não se atribuírem efeitos jurídicos concretos às normas constitucionais, que seriam meramente programáticas.

Assim, George Marmelstein<sup>189</sup> recomenda que, em nome da indivisibilidade dos direitos fundamentais, seja superada a ideia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse uma hierarquia entre as diversas gerações de direitos e que a violação de um direito dessa espécie não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político<sup>190</sup>.

Analisando inicialmente a estrutura dos direitos sociais, como primeiro passo de um estudo sobre os meios de se viabilizar sua proteção judicial, Daniel Sarmiento<sup>191</sup> parte da premissa de que, primeiramente, deve ser afastada a visão brasileira das normas de caráter programático como se fossem meros conselhos sem efeitos jurídicos significativos. Para ele, essa concepção despoja os direitos sociais de proteção contra as omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com a Constituição, quando consagra a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas.

---

<sup>188</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 39.

<sup>189</sup> *Idem*, 2010.

<sup>190</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 134; reputa como reacionárias as construções que deslocam a consagração de direitos fundamentais para normas programáticas; o que confronta o art. 5º, §1º, da Constituição. Por sua vez, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Ed. Coimbra, Almedina, 2000, p. 1140; é enfático, ao demarcar uma decidida ruptura com a doutrina clássica, de modo a ser possível sentenciar a morte das normas constitucionais programáticas.

<sup>191</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 404.

André Ramos Tavares<sup>192</sup> afirma que o conceito de cláusula programática vulnera os princípios constitucionais e a hierarquia de suas normas, e, ao anular funções de normatividade, concedendo-as ao Legislativo, atenta contra a independência do Judiciário. Além disso, afirma que os direitos e garantias elevados à norma constitucional não podem ficar relegados a uma conceituação meramente programática, como promessa de um futuro promissor; mas que impõem vinculação direta dos poderes instituídos. Não sendo aquelas conquistas eficazes, não se poderia qualificar este Estado como Social de Direito.

De modo que André Ramos Tavares<sup>193</sup> sinaliza no sentido de uma tomada de consciência de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas; se, por um lado, reconhece-se o direito à discricionariedade administrativa, bem como a conveniência e oportunidade para praticar determinados atos, por outro lado, não se pode tolerar o abuso de direito que tem se instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas<sup>194</sup>. A despeito disso, mesmo após diversos anos de vigência da Constituição, ainda é possível ficar estarrecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Para o autor, com base em reiterativos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado comandos reais, sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade. Afirma que a teoria das normas programáticas está umbilicalmente ligada a uma concepção de primazia do Poder Legislativo e de impotência do Judiciário, que, levada ao extremo, não aceita a possibilidade de concretização de comandos constitucionais por este Poder, estando certas normas fora de seu manejo, fazendo depender a concretização da vontade exclusiva e arbitrária do legislador, o que inverte o postulado da constitucionalidade e a responsabilidade cometida ao próprio Judiciário de

---

<sup>192</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123/124.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> Para corroborar suas afirmações, transcreve decisão proferida no Agl no RE nº 271.286, a qual afirma que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

realização constitucional, num país que ainda está a consolidar muitas de suas instituições democráticas<sup>195</sup>.

Para Eduardo Cambi<sup>196</sup>, essa perspectiva não permite negar efetividade aos direitos fundamentais sociais pela afirmação de que são normas programáticas, pois tais normas possuem o status constitucional das demais, igualmente dotadas de hierarquia e imperatividade. Qualquer norma constitucional, inclusive as programáticas, são comandos jurídicos, gerando direitos subjetivos para as pessoas e deveres – fazer ou não fazer – para o Estado.

Para Dimoulis e Martins<sup>197</sup>, a norma do art. 5º, §1º, da Constituição, que confere efeito imediato aos direitos fundamentais, é peculiar, pois os despoja do caráter de simples declarações políticas ou programas de ação do poder público, tampouco o de normas de eficácia limitada ou diferida, na medida em que prescreve que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Legislativo, que, se for omissivo em regular ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente, em toda a extensão que a Constituição define, sendo o Judiciário o Poder competente para apreciar os casos de sua violação.

Tais linhas de ideias de há muito sedimentam a compreensão de que as decisões do Poder Público que ocorrem para a construção dos seus programas de ação já não fazem parte de uma instância impenetrável para o jurídico, sendo possível, no âmbito do Estado Democrático de Direito, controlar as políticas públicas relativamente à sua procedimentalização e ao próprio conteúdo da decisão prolatada pelo agente público<sup>198</sup>.

Nesta perspectiva, o planejamento das ações governamentais para a superação das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico do país, exigem a correspondente superação da vetusta concepção de estrutura administrativa liberal, fundada na separação metafísica entre Estado e Sociedade, na centralização do poder e na construção de uma relação hierárquica com os cidadãos<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>196</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 291.

<sup>197</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 90.

<sup>198</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 290.

<sup>199</sup> OHLWEILER, *idem*, p. 289/309.

Como vimos, no contexto do pós-2ª Guerra Mundial, a busca pela mais ampla e irrestrita tutela da pessoa humana, diante de uma nova tábua axiológica dos ordenamentos jurídicos, produziu a consagração da dignidade nos tratados internacionais e nos documentos constitucionais da maioria das nações ocidentais.

Porém, essa busca de proteção irrestrita à pessoa humana esbarrou em dificuldades ideológicas, políticas e econômicas, que interferiram na elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, sendo eles cingidos em diferentes instrumentos de proteção (PICDP e PIDESC), de acordo com a forma de realização de cada um deles.

A existência desses dois tratados diferentes de direitos humanos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais) foi o gérmen da teoria da programaticidade das normas constitucionais (de “segunda geração”), que prevaleceu por muito tempo na doutrina constitucional contemporânea, mas que atualmente vem sendo revista em nome da eficácia imediata e da juridicidade das normas constitucionais.

Essa programaticidade resta superada diante da eficácia ampla e irrestrita das normas constitucionais e não pode mais ser colocada como argumento a impedir a judicialização de direitos fundamentais como remédio às omissões e ineficácias dos demais Poderes constituídos, sobretudo quanto mais estejam esses direitos ligados ao mínimo existencial, faixa nuclear da dignidade da pessoa humana.

Assim, devem ser considerados os direitos humanos de forma universal, indivisível e interdependente, compreendendo-se os seus diferentes modos de realização, agora não mais como fator impeditivo à sua concretização, como ocorrera há pouco tempo atrás, reduzindo-se alguns deles a meras categorias ilustrativas do cenário constitucional; mas sim como baliza para um tratamento diferenciado, que não os prive de concretização por todos os Poderes estatais nem os transforme, de programas, em promessas vazias; agravando-se com isso o sentimento de frustração constitucional.

As breves noções acima expostas permitem concluir que o atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídico-constitucional confirma a superação da programaticidade das normas definidoras de direitos fundamentais, cujo transporte teórico para o Direito Constitucional brasileiro remonta o embate capitalista-comunista dos anos 60, durante os trabalhos da ONU, quando se frustrou a

elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, em razão da percepção das diferentes formas de realização de uma ou outra espécie desses direitos.

Desse modo, torna-se necessário continuar desenvolvendo o estudo da construção de parâmetros de interferência judicial no fornecimento de medicamentos, perpassando agora pela investigação de dois fenômenos correlatos e que comumente surgem nos discursos de oposição, o “ativismo judicial” e a “judicialização da Política”.

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.**

O ponto central objeto do presente estudo, a fixação de parâmetros de atuação judicial na concessão de prestações materiais ligadas ao direito fundamental da saúde no fornecimento de medicamentos, relaciona-se com o ativismo judicial na medida em que verificamos a aplicação de uma nova postura adotada pelo Judiciário nas cominações dirigidas ao Poder Público. A atuação do Judiciário como soberano guardião da Constituição é uma decorrência da evolução histórica do Constitucionalismo e das relações recíprocas entre os Poderes.

De um poder secundarizado e limitado a perquirir e aplicar apenas a vontade original do legislador, o Judiciário conquistou um autêntico papel de Poder estatal em igualdade de condições com os demais Poderes, desenvolvendo aptidões técnicas, independência, neutralidade e discricionariedade próprias, a fim de preencher os vazios legislativos, interpretar conceitos normativos vagos, imprecisos e abertos, diante da necessidade de concretização constitucional, mormente no que se refere à realização de Direitos Fundamentais Sociais na realidade brasileira.

Nessa atividade de concretização constitucional, ora preenchendo lacunas legais, ora determinando obrigações de fazer ao Executivo e ao Legislativo, o Judiciário vem recebendo críticas, em sua maioria quanto à legitimidade de suas decisões, à luz do princípio da separação dos poderes; o que tem contribuído para colocar o tema do ativismo judicial no centro de acaloradas discussões jurídicas na atualidade.

Todavia, não existe uma uniformidade conceitual para “ativismo judicial”, na medida em que, desde a própria origem, a expressão foi construída despojada de critérios científicos, perpassando o âmbito da crítica jornalística e da opinião popular. De maneira que os opositores do ativismo têm se valido justamente dessa origem marcada pela superficialidade e imprecisão conceitual, que pecha o ativismo de uma perigosa banalidade metodológica, para disseminar um entendimento propositalmente negativo, rotulando de “ativistas” as decisões judiciais que decorram de uma maior participação judicial no poder discricionário do Administrador Público, quando este é condenado em obrigações de prestar.

É com razão que André Ramos Tavares<sup>200</sup> adverte que os ataques à Justiça Constitucional como ativista e usurpadora, no sentido antidemocrático, precisam ser mais bem apresentados e explicados, no sentido de que, quando se recorre à violação da separação de poderes, no sentido crítico ao ativismo, não há uma preocupação em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa cláusula de separação de poderes, deixando claro, entretanto, que a vaga invocação de sua violação não constitui óbice à implementação da Constituição pela Justiça Constitucional.

Diante disso, partimos de uma perspectiva de, primeiramente, depurar o conceito de ativismo, através de suas origens históricas, explicando as razões do fenômeno, objetivando com isso afastar as concepções equivocadas que têm servido ao discurso interessado na obstacularização da realização constitucional, especialmente quanto àquela espécie de direitos ligados à concretização da igualdade material, ou seja, os direitos sociais, e que vêm associando a expressão “ativismo” à decisões judiciais praticadas com abuso das funções judiciais.

Feito isso, diferenciaremos o ativismo judicial de outro fenômeno histórico correlato a uma maior participação do Judiciário na realização da vontade político-constitucional e na concretização de direitos fundamentais sociais, mas que com aquele outro conceito não se confunde: a “judicialização do Direito”; igualmente visando defendê-lo do mesmo discurso ideológico de barreira à realização dos direitos de igualdade.

#### 4.1 A ASCENÇÃO DO JUDICIÁRIO À CONDIÇÃO DE AUTÊNTICO PODER ESTATAL.

André Ramos Tavares<sup>201</sup> leciona que, com a Revolução Francesa, inicio-se o chamado “período legislativo”, no qual predomina a onipotência do legislador, época na qual a soberania deixa de ser atribuída ao monarca, identificado com o antigo regime do Absolutismo, e passou ao povo, à nação. Como as leis não teriam como ser elaboradas diretamente pelo povo, seus representantes eleitos ganharam posição de destaque, passando a lei a ser a fonte das fontes do Direito, pois a

---

<sup>200</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

<sup>201</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

passagem para a “soberania popular” compeliu a identificação do Direito com a Lei, do Direito revelado unicamente pela lei, ou, em síntese, o “fetichismo da lei escrita e codificada”. Assim, a atuação do Poder Judiciário era considerada mecanicista ou secundária. O Legislativo era considerado o Poder inicial, de onde todas as decisões deveriam partir e submeter, inclusive os juízes, aos quais não era reconhecida qualquer legitimidade de ação normativa. Apenas a lei poderia desempenhar essa função, pois o movimento de oposição ao Antigo Regime tinha no princípio da legalidade, na supremacia da lei e na neutralidade do julgador, sendo a expressão de máxima de segurança jurídica exigida pela racionalidade iluminista<sup>202</sup>.

Como registra Elival da Silva Ramos<sup>203</sup>, a supremacia da lei se confundia com a supremacia do próprio parlamento, órgão que passou a monopolizar a atividade legiferante. O esquema de organização e separação das funções estatais tinha feições nitidamente legicêntricas, refletindo o poder do Legislativo.

Ao Judiciário, como indica Mônica Serrano<sup>204</sup>, fora relegada a mera atividade de aplicação das leis nos casos concretos, de modo mais neutro e acrítico possível em relação às opções políticas do legislador, que deveriam ser mecanicamente implementadas pelos magistrados. Arcênio Brauner<sup>205</sup> registra que o Judiciário, na visão liberal, é considerado um poder neutro, apolítico, um ramo que decide segundo critérios técnicos despreocupado com as consequências que suas decisões possam produzir na sociedade, desde que estejam de acordo com a lei e fielmente segundo os desígnios do legislador.

Arnaldo Bastos Santos Neto<sup>206</sup> explica que a luta contra o Absolutismo do Monarca era também uma reação contra a magistratura exercida de forma parcial e arbitrária pela nobreza do Antigo Regime. Havia uma época em que os juízes não eram obrigados a fundamentar suas decisões. Mais ainda, eram proibidos de fazê-lo. Durante o Absolutismo espanhol, os juízes eram terminantemente proibidos de informar aos jurisdicionados as razões de sua decisão. Como sua legitimidade

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>203</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

<sup>204</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 13.

<sup>205</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 614.

<sup>206</sup> NETO, Arnaldo Bastos Santos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. Ano 17. Jan-Mar 2009. nº 66. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43; 85.

advinha de terem sido escolhidos para a tarefa pelo próprio soberano, suas sentenças emanavam do próprio rei, como se fossem ditadas por Sua Majestade em pessoa. “Se fundamentar era abrir portas ao questionamento, quem ousaria questionar as razões do Trono Real?” – questiona o autor.

André Ramos Tavares<sup>207</sup> registra que, historicamente, na Inglaterra, os juízes eram considerados “o meio pelo qual o rei administrava a justiça”, sendo as Cortes de Justiça “*derived from the power of the crown*”<sup>208</sup>, o que gerou um sentimento de hostilidade em relação aos juízes. Essa desconfiança perpetuou-se para muito além da Revolução Francesa, inclusive em outros países, como a Espanha, cuja refutação ao magistrado teria permanecido, em alguns setores, até a recente Constituição de 1978.

De maneira que, como aponta Osvaldo Canela Júnior<sup>209</sup>, na reconstrução do Estado francês pós-Revolução, dada a necessidade de se limitar o poder arbitrário dos reis e a sua influência na atividade jurisdicional, a Constituição de 1791 construiu a estrutura do Judiciário a partir do conceito de supremacia absoluta da lei, de modo que aquele Poder se transformou em um apêndice do Poder Legislativo, sem qualquer expressão política nos destinos do Estado Francês. Assim, os juízes passaram a se vincular totalmente à lei (à criação do Poder Legislativo), sem qualquer criatividade jurídica ou conteúdo político em suas decisões (papel tecnocrático), sendo natural que as constituições liberais não dessem muita relevância ao Poder Judiciário, muitas das vezes até mesmo vinculando-o ao Poder Executivo, o que gerou uma “hipertrofia” do Executivo e Legislativo em referência ao Judiciário.

Não à toa Stanley Botti Fernandes<sup>210</sup> e Arnaldo Bastos Santos Neto<sup>211</sup> referirem que Montesquieu, em seu “Espírito das Leis”, apontava o Judiciário como um poder invisível e nulo e os juízes como seres inanimados incapazes de mitigar a força da lei, sendo nada mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei”.

<sup>207</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

<sup>208</sup> “oriundas do poder da coroa” (trad. livre).

<sup>209</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

<sup>210</sup> FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 238.

<sup>211</sup> NETO, Arnaldo Bastos Santos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. Ano 17. Jan-Mar 2009. nº 66. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

Cesare Beccaria, contemporâneo de Montesquieu, defendia em seu “Dos delitos e das penas” que o juiz deveria fazer um silogismo perfeito. Se fosse constrangido a um raciocínio a mais, tudo se tornaria incerto e obscuro, sendo perigoso o axioma de consultar o “espírito das leis”; caso contrário, se romperiam todos os diques e se abandonariam as leis às torrentes de opiniões<sup>212</sup>.

No Positivismo Jurídico – estritamente formalista, fundado no primado da lei escrita e com um o princípio da separação de poderes de cunho nitidamente legicêntrico – a atuação do Poder Judiciário era marcada pela ausência de qualquer debate sobre a justiça de suas decisões, de qualquer questionamento político ou social ou mesmo qualquer participação na construção de direitos, já que o método da codificação, e sua pretensão de esgotar as possíveis situações da vida humana, impedia qualquer atividade criativa do magistrado, que se limitava a um mero aplicador da norma nos exatos termos da vontade do legislador, a declarar o direito através de um mecanismo lógico-dedutivo (subsunção) que almejava aplicar a cada situação da vida concreta uma previsão correta da lei. Como afirma Anabelle Silva<sup>213</sup>, o positivismo pretendia a plena esterilidade política do ordenamento jurídico, descredenciando o direito para a mediação dos conflitos sociais.

Não é exagero afirmar, conforme Eduardo Cambi<sup>214</sup>, que a Revolução Francesa proibiu o juiz de interpretar a lei, cabendo a ele somente aplicar as já existentes<sup>215</sup>. Caso houvesse conflito, obscuridade ou falha da lei, deveria o magistrado submeter a questão ao Legislativo para que procedesse a interpretação autorizada.

Todavia, conforme as Constituições foram ampliando suas funções, seguindo o movimento histórico de reconhecimento, promoção e tutela de direitos fundamentais, paulatinamente o Judiciário também foi incorporando uma respectiva gama de novas competências no desempenho de sua função de guardião constitucional.

---

<sup>212</sup> FERNANDES, *ibidem*.

<sup>213</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 21.

<sup>214</sup> CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 249.

<sup>215</sup> Nesse sentido, a Lei Revolucionária, de agosto de 1790, previa que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do Poder Legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do Poder Legislativo”, e ainda, “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 10 e 12), *In* CAMBI, Eduardo, *idem*, p. 249.

O exercício da função judicial, em seu molde clássico (“juiz segundo a lei”, juiz “soldado da lei”, juiz que luta pela aplicação do Direito, especialmente das leis em vigor), pressupõe um Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes. Mas o exercício da função de controle da lei pressupõe algo mais, uma postura judicial que só pode se estabelecer no Estado Constitucional de Direito<sup>216</sup>.

Na tentativa de se apontar um marco histórico para a mudança no comportamento do Judiciário, Daniel Giotti de Paula<sup>217</sup> reputa que a mudança de perspectiva tradicional (a de que o juiz seria a “boca da lei”) ocorreu durante a evolução do Direito no séc. XIX, quando paradoxalmente assistiu-se a um aumento da densidade legislativa e com isso uma abertura para uma maior participação dos juízes na criação do direito, ao terem que lidar com conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou formas objetivas nas leis. Essa fonte remota do ativismo judicial, consistente numa mudança de postura na atuação dos juízes da Suprema Corte norte-americana, pode ser identificada com a legitimidade que lhe fora outorgada para controlar a constitucionalidade dos atos normativos.

Ressalta Arcênio Brauner<sup>218</sup>, que, a partir do fenômeno do crescimento do Estado (séc. XIX), a lei deixou de ser um mero reflexo do Direito Natural, passando a ser definida pelo aspecto formal e a espelhar os desejos da maioria, por meio de seus representantes eleitos, passando a traduzir opções políticas segundo os desejos da maioria. Naquele momento, se o conteúdo da lei passa a ser dotado de uma carga político-ideológica, na medida em que não reflete o Direito Natural, mas a vontade da maioria; seria uma consequência natural que o Poder Judiciário passasse a interpretar as normas para solucionar casos concretos, buscando o verdadeiro alcance dessas regras que traduzem a opção política.

André Ramos Tavares<sup>219</sup>, tratando dessa crise do Estado Legalista e do surgimento do Estado Constitucional de Direito, leciona que, naquele momento, o modelo de Estado legalista entrava em crise e a lei perdia a exclusividade e primeira

---

<sup>216</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19/20.

<sup>217</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 281/282.

<sup>218</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 614.

<sup>219</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42/43.

posição na lista de preferências normativas. A crise da lei, em última análise, significava a crise do parlamento, que perdia a confiança de ser a fonte única do direito, graças aos abusos por ele praticados, que, em boa parte, decorriam do excesso de leis na regulamentação da vida social, sua indesejada intromissão em setores anteriormente ressaltados, do emaranhado e dispersividade das leis, bem como da falência qualitativa das leis. Ao lado dessa “hiperlegalidade”, observava-se a “hipolegalidade” de leis que não mais supriam as aspirações sociais. O marco da exacerbação legislativa para o Ocidente foi o surgimento do *Welfare State*, de incrível intervenção normativa na liberdade individual e na vida social. Do Estado passou-se a exigir uma atuação indefinida em áreas anteriormente imunes à atuação normativa ou material.

Como indica Arcênio Brauner<sup>220</sup>, a função legislativa do Poder Judiciário (função de criação do direito) é notada mais claramente a partir do momento em que ele começa a aplicar uma legislação cada vez mais “social” e intervencionista.

O Direito judiciário, judicial ou jurisprudencial, indicia a criação do direito pela judicatura e que pressupõe a insuficiência da legislação para enfrentar todos os problemas sociais, indica André Ramos Tavares<sup>221</sup>. O alto grau de discricionariedade e arbitrariedade nas decisões judiciais tornaram os tribunais órgãos impopulares desde o século XIV, mas a arbitrariedade e insindicabilidade do legislador, associado a um crescente grau de profissionalização judicial, fizeram com que esse quadro fosse revertido, de modo que a crise do direito legislado (agigantamento do Legislativo) é uma das principais causas do agigantamento do Judiciário e o surgimento do direito judiciário<sup>222</sup>. Então, a inauguração das constituições contemporâneas e a admissibilidade de sua força normativa propicia uma “revolução dentro da revolução”, ou seja, identifica-se uma nova mudança de parâmetros, com a qual se opera uma alteração substancial na relação entre os clássicos poderes, na medida em que o legislador deixa de ser apresentado como onipotente e soberano, deixando o legislador de deter o monopólio da produção e

---

<sup>220</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 614.

<sup>221</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 88/89.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 90 e 93.

revogação do Direito, sendo a Constituição, doravante, “a fonte do Direito e conjunto normativo que disciplina as demais fontes”<sup>223</sup>.

Complementando esse raciocínio, em outra obra o mesmo André Ramos Tavares<sup>224</sup> afirma que a ideia da supremacia da Constituição, contra as vontades arbitrárias e passageiras do legislador em detrimento dos direitos fundamentais, é fato recente na História do Direito. A “deslegitimação performática do Parlamento” culmina na habilitação funcional do juiz constitucional. O aparecimento e florescimento da Justiça Constitucional surge como alternativa ao modelo legalista, cuja crise culmina no séc. XX, sobretudo em resposta aos abusos praticados durante a 2ª Guerra Mundial. A consagração de direitos fundamentais pelas Constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos.

Conforme indica Franco Aurélio Brito de Souza<sup>225</sup>, enquanto no Estado de Direito Liberal do pós-Revolução Francesa, o Legislativo desempenhava o protagonismo na busca pelos atributos do regime democrático, o Judiciário era tido como um poder neutro, estático, cuja atuação deveria ser necessariamente discreta e distante do calor dos embates, restringindo-se unicamente a uma interpretação literal da norma jurídica. Percebendo-se, paulatinamente, que a mera produção legislativa mostrava-se insuficiente para responder aos novos reclamos que se agregavam à ideia de cidadania, o papel de predominância política passou à competência do Poder Executivo, do qual se esperavam medidas efetivas através de programas governamentais direcionados a áreas como saúde, educação ou previdência. Contudo, na edificação do Estado Democrático de Direito, o papel principal deslocou-se para a esfera do Poder Judiciário, o qual trouxe para si o papel de complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo à realidade socioeconômica da população (cenário de positivação de direitos fundamentais, institucionalização do direito na vida social e política e redefinição de relações entre Poderes). Assim é que o Judiciário vem assumindo o papel atual de protagonista da judicialização da política e das relações sociais.

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>224</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64/65.

<sup>225</sup> SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90/91.

De acordo com Stanley Botti Fernandes<sup>226</sup>, é justamente com o *welfare state* que o ativismo judicial passa a ser mais frequente enquanto fenômeno jurídico-político. A precarização dos direitos econômicos e sociais motivou os cidadãos a recorrerem ao sistema judicial como último esteio institucional da cidadania, passando o Judiciário a assumir funções relativas à prestação social que a Administração Pública deveria ter realizado de forma espontânea.

Se no Estado Liberal a atuação do Judiciário é secundarizada, mecanicista e inexpressiva enquanto criação jurídica, propiciando a hipertrofia dos demais Poderes; com a decadência do Estado legislativo, tal esquema é rearranjado e a lei como fonte primordial do Direito perde relevância por não conseguir cobrir toda a gama de possíveis situações da experiência humana.

Com a assunção da força normativa às Constituições e a inserção em seus textos de conceitos jurídicos indeterminados, abertos, polissêmicos, assim como de princípios; o Judiciário passa a cada vez mais ser demandado a suprir os espaços e vazios legislativos através de uma hermenêutica criadora de direito, mormente quanto àqueles alusivos a direitos sociais, que atendem a uma ampla parcela da população economicamente carente, como no caso do Brasil.

O papel de protagonista na concretização de direitos fundamentais para o Judiciário, nos moldes atuais, guarda estreita referência histórica com a sua avocação do papel de guardião da constitucionalidade das leis e de atos (e omissões) dos demais Poderes, como descreveremos a seguir.

Stanley Botti Fernandes<sup>227</sup> refere que a visão clássica da Modernidade sobre o Judiciário (neutralidade e postura acrítica) só começa a mudar a partir dos escritos dos Federalistas Americanos. Enquanto James Madison procura aprimorar a teoria da separação dos poderes, classicamente estabelecida por Montesquieu, demonstrando que os poderes não estavam divididos de forma estanque, mas que cada um deles exercia influência sobre os demais, num mecanismo que ficou conhecido como “*checks and balances*”; Hamilton observara que o Poder Judiciário era o mais fraco de todos porque não tinha como se defender das investidas do Legislativo. Dessa maneira, o poder de os magistrados julgarem nulos os atos do Executivo e do Legislativo contrários à Constituição era uma forma de conter seus

---

<sup>226</sup> FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 244/245.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 239/241.

respectivos excessos. A partir da institucionalização do *judicial review*, o Judiciário passa a ocupar posição estratégica no esquema do Poder estatal, deixando de ser nulo e limitado à aplicação silogística da lei quando provocado a julgar litígios individuais, e sim podendo interpretar o direito conforme a Constituição; o que contribuiu decisivamente para a politização do direito e o espaço de atuação do Judiciário, rompendo-se o paradigma de que aquele Poder limitava-se à boca que profere as palavras da lei.

É lícito, portanto, afirmar, com amparo em Eduardo Cambi<sup>228</sup>, que, se, por um lado, o quadro estabelecido pela Revolução Francesa impedia o Judiciário de interpretar as leis, limitando-o apenas a aplicá-las na estrita conformidade com a vontade original do legislador; essa situação de supremacia do Poder Legislativo só seria mitigada a partir do momento em que o Poder Judiciário passaria a exercer o controle da constitucionalidade; afinal, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, nenhum Poder se coloca acima da Constituição e das leis, cabendo ao Judiciário resguardar a supremacia da Lei Fundamental.

Tal fenômeno foi desencadeado durante o julgamento do famoso Caso *Marbury x Madison* (1803), quando o *Chief Justice* John Marshall afirmou que pertenceria ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir se determinada questão é ou não política, sendo a Suprema Corte dos Estados Unidos o árbitro final das questões constitucionais. Essa nova função do Judiciário representa uma evolução à teoria de separação de poderes proposta por Montesquieu, deixando aquele Poder de se comportar como mero aplicador da lei ao caso concreto. Assim, o controle da constitucionalidade alterou definitivamente o papel atribuído ao Judiciário, passando a exercer o controle de quais quer atos do governo que vulnerarem a Constituição<sup>229</sup>.

Mas esse novo papel do Judiciário causaria evidente reação de todos quantos fossem os atingidos pelos efeitos concretos do controle da constitucionalidade, chegando a se afirmar a existência de “governo de juízes” e de “oligarquia de juízes” nos Estados Unidos. Os universos político e jurídico encontrariam dificuldade de assimilar o Judiciário como intérprete das grandes decisões políticas e se inserindo “no plano do poder soberano, antes reservado apenas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo”; o que gerou tensão permanente

---

<sup>228</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 249.

<sup>229</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73/74.

entre o sistema do controle da constitucionalidade e o princípio da separação dos poderes. O que o exercício do controle da constitucionalidade, transformou o Judiciário num órgão eminentemente político, detentor do poder soberano, e seus integrantes, em titulares do Poder do Estado; ou seja, os magistrados representam “a personificação do Estado no exercício do seu poder”<sup>230</sup>. No início do século XIX, durante a Revolução Industrial, o Judiciário começou a absorver e a examinar, à luz do Direito, certas questões que, no curso da história, sempre foram consideradas de caráter exclusivamente político, convencionalmente chamadas de “*political questions*”<sup>231</sup>. Mas o alargamento dessa competência causou um grande impacto no mundo jurídico: de mero subserviente à lei, o Judiciário passou a ser fiscal de sua correção. Dali em diante, o compromisso dos magistrados era com a Constituição e com a unidade do ordenamento jurídico. Assim, gradualmente, aquele Poder estabeleceu-se como forma de expressão estatal, igualando-se em relevância constitucional com o Executivo e o Legislativo; apesar de sua conduta ter como marca a passividade, pois se limitava a corrigir, mediante conduta negativa, os atos comissivos dos agentes públicos violadores de direitos fundamentais de primeira geração<sup>232</sup>.

Daniel Giotti de Paula<sup>233</sup> observa que o poder de revisão judicial na história do constitucionalismo americano não foi algo surgido subitamente, e sim decorrente de uma construção histórica lenta e gradual, podendo nela ser visualizadas, segundo Christopher Wolfe<sup>234</sup>, três fases. A primeira fase (tradicional), que vai do nascimento da Constituição até o final do séc. XIX, marcada por uma leitura fiel do texto constitucional, permitindo uma moderada forma de revisão judicial<sup>235</sup>. A

<sup>230</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74/75; 77.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 73

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>233</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 281.

<sup>234</sup> WOLFE, Christopher. *From constitutional interpretation to judicial activism: the transformations of judicial review in America*. In: First Principles Series, n. 02, March 3, 2006.

<sup>235</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63/64. corrobora esse entendimento, ao indicar que “o Constitucionalismo iniciado com a Constituição de 1787 apresenta uma base tímida em termos de suportar um ativismo no âmbito dos direitos fundamentais”, como prova disso, o fato de que as dez primeiras emendas àquela Constituição foram consideradas como não vinculantes para os estados-membros pela Corte Suprema, e ainda, o segundo caso no qual a Suprema Corte utilizou-se do controle da constitucionalidade das leis, depois de *Marbury x Madison*, deu-se em 1857, pelo qual foi assegurado o regime de escravidão naquele país (Caso *Dred Scott*).

segunda (de transição), ocorrida entre o final do séc. XIX ao final dos anos 30, dos séc. XX, nasce uma prática mais ativista de revisão, ainda que convivendo com a tradicional teoria interpretativista. A terceira (moderna), do final dos anos 30 até os dias atuais, desenvolvem-se, enfim, novas e mais ativistas teorias de interpretação constitucional e de revisão judicial.

A reação à nova forma de atuação do Judiciário, assim como a dificuldade de assimilação de suas novas funções, causou grande impacto no mundo jurídico. Constantemente, as decisões judiciais que revelam maior poder criativo, especialmente quando versam sobre temas antes estranhos à apreciação judicial (campo político), têm sido reputadas de abusivas e violadoras do princípio da separação de poderes na medida em que suprem omissões inconstitucionais dos agentes públicos; sendo tachadas de “ativistas”. Diante disso, os opositores desse novo papel criativo dos juízes têm alardeado os perigos de um “governo dos juízes”, de um “governo de toga”, que seria nociva às instituições democráticas, na medida em que haveria nesse proceder uma suposta usurpação de funções pelo Judiciário.

A proposital disseminação equivocada da expressão “ativista” tem funcionado como sinônimo de decisão judicial usurpadora, que viola o esquema da separação de poderes, que põe em perigo a democracia, que arrisca o orçamento público e que pode causar a ingovernabilidade pelo esgotamento dos recursos públicos, manuseados por um Poder que não teria competências técnicas e jurídicas para realizar as escolhas administrativas de aplicação daqueles recursos. Toda decisão judicial, uma vez taxada de “ativista”, passa então a ser vista com maus olhos pela comunidade jurídica e, mormente, pela população leiga. Tais decisões passam a ser objeto de temor e de desconfiança quanto à legitimidade da autoridade judicial da qual ela emana.

Portanto, a depuração desse conceito tão polêmico, quanto se apresenta o “ativismo judicial”, impõe-se, não apenas como uma necessidade de se revelar o conteúdo ideológico e os interesses contidos nos discursos de oposição, mas também como uma necessidade de se adequar tais decisões a parâmetros de razoabilidade e confiabilidade, que traduzam segurança jurídica a todos os interessados.

Passaremos, doravante, a explanar sobre o tema através de sua origem, revelando a imprecisão inata quanto a seu conceito como causa da polêmica que o

envolve nos dias atuais, além das razões para que ele não seja considerado algo nocivo ao sistema jurídico.

#### 4.2 EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO DE “ATIVISMO JUDICIAL”.

De acordo com o delineamento apresentado por Eduardo Moreira Ribeiro<sup>236</sup>, o ativismo judicial foi uma postura adotada nas decisões da Suprema Corte dos EUA, a partir de meados do séc. XX, pela qual os juízes passaram a adotar uma postura crítica, construtiva e impositiva de resultados concretos; momento no qual não se tratava mais de escolher a vontade do intérprete, mas de completar a obscuridade, a lacuna do legislador, maximizando a vontade constitucional e concretizando os direitos fundamentais em todos os espaços possíveis, inclusive nas lacunas legislativas, já que omissão também produz inconstitucionalidade; muito embora, atualmente, juízes ativistas serem apontados como responsáveis por enfraquecer a barreira da democracia majoritária, usurpando de suas funções criadoras.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>237</sup>, “ativismo” foi uma Expressão cunhada nos EUA, empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte, sobretudo, durante os anos em que foi presidida por Earl Warren (1954-1969); período no qual ocorreu uma “revolução profunda e silenciosa” em relação às inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem que houvesse qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. No entanto, como registra Daniel Giotti de Paula<sup>238</sup>, a expressão vem sendo disseminada de modo retórico e vazio de significado, indicando ser apenas uma “maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão”.

---

<sup>236</sup> RIBEIRO, Eduardo Moreira. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 07. São Paulo: Método, 2008, p.132.

<sup>237</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

<sup>238</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 283.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi<sup>239</sup> destacam que o interessado pelo estudo do ativismo encontra facilmente a falta de delimitação sobre o termo. No caso do ativismo judicial, persiste a confusão e prevalecem as definições emocionais-políticas, que a aplicam como pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando suas posturas progressistas; o que não contribui para a promoção do debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade.

Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>240</sup>, ressaltando o caráter de imprecisão pelo qual a expressão é largamente difundida, relata que o próprio contexto de surgimento da expressão “ativismo judicial” não se deu por um veículo técnico-jurídico, mas sim por uma revista leiga de atualidades, a “*Fortune*”, objeto de um artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr., em 1947, que objetivava apenas relatar os “mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade”. Naquele artigo, Arthur Schlesinger Jr. separava os juízes membros da Suprema Corte dos Estados Unidos daquela época em dois grupos diferentes, rotulando-os entre “ativistas judiciais” e “campeões da autocontenção” (*self-restraint*).

Tanto no citado artigo de Arthur Schlesinger Jr., quanto em textos posteriormente publicados por Edward McWhinney, objetivando analisar dilemas ideológicos e jurídicos da Suprema Corte americana sobre questões políticas, onde criticava juízes ativistas por não serem politicamente preparados e legitimados a traduzir anseios da comunidade; o “ativismo e a “autocontenção” não foram definidos minimamente nem foram apresentados quaisquer critérios para classificar uma decisão como sendo ativista; como observam Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi<sup>241</sup>.

No intento de preencher esse vazio teórico, Andréa Elias da Costa<sup>242</sup> conceitua o ativismo judicial como uma forma de participação mais ampla do

---

<sup>239</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 460.

<sup>240</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 389.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>242</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 52/53.

Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes. Aponta, também, que essa participação mais ampla do Judiciário na concretização de valores constitucionais pode ocorrer, por exemplo, através da aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário; através da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; ou mesmo através da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para Arcênio Brauner<sup>243</sup>, o “ativismo” é uma forma intersubjetiva de interpretar a Constituição, expandido ou até mesmo restringindo o seu sentido e alcance. Observando também que ele acaba por se instalar em ambientes onde há inação do Poder Legislativo, onde há um certo descontentamento com a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Já o seu oposto, a “autocontenção judicial”, é a postura pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não esteja no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário e utilizando critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, abstendo-se de interferir na definição das políticas públicas.

Para Luis Roberto Barroso<sup>244</sup>, a autocontenção judicial é uma conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam em seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário e abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas, tendo como nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões dos poderes públicos.

---

<sup>243</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 617/618.

<sup>244</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372.

Para João Luiz M. Esteves<sup>245</sup>, a auto-restrição, em sua forma mais contundente, deve ser entendida como obstáculo à concretização e efetividade dos direitos sociais. Tal comportamento por parte do Judiciário denuncia a presença de uma concepção jurídico-ideológica que afirma não existir legitimidade democrática do Judiciário que lhe dê incumbência objetiva na efetividade dos direitos fundamentais sociais; ideias que são compartilhadas por Gustavo Gonet Branco<sup>246</sup>, para quem a autocontenção está, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos.

Dentre os manifestos opositores do ativismo judicial, encontra-se Gabriel Dias Marques da Cruz<sup>247</sup>, conceituando-o como a “invasão indevida do Poder Judiciário no âmbito dos demais Poderes, em especial no tocante à criação normativa que seria a incumbência específica do Poder Legislativo”. O autor corrobora o pensamento de que a origem do ativismo decorre das omissões constitucionais de responsabilidade do Poder Legislativo, tendo o Judiciário se mostrado mais sensível à tarefa de assegurar os direitos reclamados, mesmo ante a ausência de legislação regulamentadora; porém, preocupa-se com o desequilíbrio que o ativismo representa para a separação de poderes, pondo em risco o princípio da legalidade e do Estado Democrático de Direito.

Igualmente perfilhando o grupo dos opositores do ativismo, Elival da Silva Ramos<sup>248</sup> entende o ativismo como sendo o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe institucionalmente ao Judiciário; havendo uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas por importarem desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes. O fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo por ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão

---

<sup>245</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 82. O autor afirma também que não há demonstração clara de oposição democrática à efetiva participação do Judiciário na atividade de fiscalizador e efetivador dos direitos fundamentais sociais quando da sua não-realização pelo Executivo ou Legislativo. Isso leva a crer que a existência de dificuldades na efetivação da Constituição, acredita o autor, pode estar partindo do próprio Judiciário, através da auto-restrição (p. 86).

<sup>246</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 393.

<sup>247</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104 e 108.

<sup>248</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quando o seu espaço de conformação normativa é invadido por decisões excessivamente criativas.

Elival da Silva Ramos<sup>249</sup> cita como causas desse fenômeno: o modelo de Estado Democrático de Direito Social, contraposto ao absenteísta do modelo Liberal, que tudo provê e em tudo intervém, sem dispor de condições materiais de cumprir as promessas de igualdade, permitindo que os juízes “queimem etapas” e concretizem programas que a Constituição delineou prospectivamente; o modelo de controle de constitucionalidade (concentrado e abstrato), que induz uma primazia do Judiciário sobre o Legislativo, mas que, por sua vez tende a abrandar, na medida que o tempo passe e se reflua o deslumbramento das cortes constitucionais jovens, para as quais o amadurecimento institucional e o *self-restraint*, que naturalmente o acompanha, fornecerão o antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como sucedeu no sistema europeu; e, por fim, aponta ainda, a fragilidade teórica do Neoconstitucionalismo, que, em sua visão, não passa de um “modismo intelectual”.

Outro exemplo de visão contrária ao ativismo é a de Uadi Lammêgo Bulos<sup>250</sup>, para quem o fenômeno se revela um perigoso veículo de fraude à Constituição, na medida em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo, podendo acarretar “mutações inconstitucionais”, com interferência de um órgão do Poder na esfera de outro, ao arrepio da cláusula de separação de Poderes (CF, art. 2º). O autor vê uma ultrapassagem de linhas demarcatórias da função judiciária, pois o juiz transborda o núcleo essencial da Constituição. Segundo ele, em vez de dizer o direito nos conflitos de interesse, o juiz passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além do que permeia o *munus judicante*.

É digno de registro, ainda, dentre entusiastas e opositores do ativismo, algumas posições intermediárias, que, contribuindo para a construção de uma dogmática sólida de intervenção do Judiciário na concretização de direitos sociais, são capazes de apontar vantagens e desvantagens no ativismo; como é o caso de Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>251</sup>, que, no aspecto positivo,

---

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 268, 269, 270, 271, 278, 279.

<sup>250</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 429.

<sup>251</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87/89.

entendem que o ativismo: estimula a concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição, sendo realizados direitos atinentes a um mínimo de bem-estar individual e social; desestimula o mau funcionamento do Estado, sobretudo Legislativo e Executivo, poderes esses que, por variadas razões, como o *lobby* ou mesmo a corrupção, estão bem aquém do que deles se espera em matéria de atendimento das necessidades coletivas e sociais; coíbe o esvaziamento de investimentos no setor da saúde e o respeito às regras previstas no art. 198 da Constituição, setor em que o volume de ilegalidades no tocante ao gasto público é considerável; e, dificulta o retrocesso social, vedando ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados. Por outro lado, no aspecto negativo, apontam: a confusão entre macro e microjustiça, através da autorização de demandas dos cidadãos perante o sistema de saúde, ignorando-se a globalidade das políticas públicas existentes; a substituição de decisões técnicas por decisões superficiais, partidas de um conhecimento grosseiro e monocrático quanto a políticas públicas; o desrespeito à reserva do possível e ao orçamento, que esbarram, todavia, na regra do mínimo existencial, ou seja, da necessidade de se garantirem direitos subjetivos mínimos dos cidadãos; e, finalmente, a eventual violação à harmonia entre os Poderes, através da invasão de um Poder num campo de atuação que não lhe pertence.

#### 4.3 ATIVISMO CONSERVADOR E PROGRESSISTA.

Dissensos à parte, diante da histórica imprecisão de significado que a expressão comporta, é preciso observar que “ativismo” tanto pode significar uma postura progressista, quanto conservadora dos magistrados, não sendo sempre uma conduta própria de “juízes revolucionários”, no dizer de George Marmelstein<sup>252</sup>; de modo que André Ramos Tavares<sup>253</sup> aconselha cautela para não se confundir toda e qualquer forma de ativismo judicial, advertindo que “ativismo nem sempre será sinônimo de populismo”.

---

<sup>252</sup> MARMELESTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

<sup>253</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

Para corroborar essa advertência, André Ramos Tavares<sup>254</sup> menciona que na própria Suprema Corte americana, berço do fenômeno, houve variabilidade na expressão concreta do “ativismo”, na medida em que a segunda decisão judicial na qual aquela Corte avocou-se da prerrogativa do exercício do controle de constitucionalidade – depois do emblemático caso “Marbury x Madison”, de 1803 – deu-se muitos anos depois, em 1857, no caso “Dred Scott”, no qual foi assegurado o regime de escravidão, demonstrando uma tutela tímida dos direitos fundamentais.

A chamada “Era Lochner”, que vai dos anos de 1905 até 1937, demarca um período histórico cujas decisões da Suprema Corte americana revelavam um ativismo de cunho conservador, direitista, contrário ao intervencionismo estatal na vida privada, confirmando a “liberdade contratual frente a um conjunto de leis que propunham reformas sociais ou regulavam a Economia”<sup>255</sup>.

Foi nessa atuação mais “proativa” da Suprema Corte americana que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral<sup>256</sup>, impedindo-se, sistematicamente, a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base numa leitura substantiva da cláusula do “devido processo legal”<sup>257</sup>.

O início dessa fase politicamente conservadora da Suprema Corte americana pode ser demarcada, como registra Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>258</sup>, a partir do julgamento do caso “Lochner x Nova York”, no qual foi invalidada uma lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os padeiros, vistas como “intromissão imprópria do Estado no livre encontro de vontades de sujeitos autônomos”.

Eram decisões que se baseavam na ideia de que a livre iniciativa ou a liberdade contratual era um direito assegurado constitucionalmente e que o

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>255</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 284.

<sup>256</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

<sup>257</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 99.

<sup>258</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 391.

legislador não poderia interferir, sob pena de violar o *due process of law* em seu sentido material; porém, deixando subentendido que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos, como refere George Marmelstein<sup>259</sup>.

Pelo modelo liberal, as relações capital-trabalho deviam ser interpretadas a partir das noções contratuais e de responsabilidade de Direito Civil, a qual entendia ser o contrato de trabalho uma espécie contratual como qualquer outra, pela qual dois sujeitos, em igualdade de condições, pactuavam um intercâmbio de bens (a disposição da força de trabalho e o pagamento do salário). Assim, qualquer indenização devida ao empregado decorreria apenas de dano decorrente de dolo ou culpa do empregador. Este esquema de interpretação significava a legalização de um regime de notória desigualdade; acrescenta Alessandra Gotti<sup>260</sup>.

O conservadorismo daquela Corte vetou muitas medidas de intervenção do Estado na economia, sendo cunhada naquela época a expressão “governo dos juízes”<sup>261</sup>; expressão depreciativa, que, doravante, tomou o significado de exercício impróprio do poder judicial<sup>262</sup>, existente até os dias de hoje.

Nessas bases, vários outros diplomas normativos de cunho social, orientados à proteção dos trabalhadores, foram golpeados pela Suprema Corte, até que, em 1937, a Corte, “premida pela adesão geral da sociedade à política intervencionista do *New Deal*”, finalmente mudou de posição e abandonou a proposição de que a Constituição asseguraria a liberdade contra toda a regulação, “cerne de uma turgesciente doutrina de *laissez-faire*, que se dava por superada”<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

<sup>260</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

<sup>261</sup> FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 242.

<sup>262</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370.

<sup>263</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 393.

Jorge Munhós de Souza<sup>264</sup> aponta que, a fase conhecida como “Era Lochner”, somente teve seu ocaso em 1937, após as fortes reações anunciadas pelo então presidente Franklin Roosevelt. Sua ameaça de “empacotar a corte”, por meio da aposentadoria dos juízes relutantes e da ampliação de sua composição com integrantes a ele partidários, foi suficiente para reverter a linha jurisprudencial prevalecente, contrária ao intervencionismo estatal; igualmente como observa Arcênio Brauner<sup>265</sup>.

Como referencia André Ramos Tavares<sup>266</sup>, quando a Suprema Corte americana anulou diversas leis do *New Deal*, o presidente Roosevelt pretendeu uma reforma naquela Corte e, num discurso bastante agressivo, chegou a considerar que a nação deveria tomar medidas para “salvar a Constituição das garras do Tribunal”.

O conservadorismo no ativismo da Suprema Corte americana foi invertido completamente a partir da década de 50, no período que ficou conhecido como “Corte de Warren” (1954/1969), quando foi presidida por Earl Warren; assim como nos primeiros anos da “Corte de Burger” (até 1973), passando a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros<sup>267</sup>; a exemplo do julgamento pela ilegitimidade da segregação racial nas escolas americanas (*Brown x Board of Education* - 1954)<sup>268</sup>.

Assim, depurada a crítica ideológica dirigida ao ativismo, que tanto pode ser conservador, quanto progressista, resta como definição consistir-se numa participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, em muitas situações, não havendo sequer confronto entre eles, mas mera ocupação de espaços vazios, como observa Luis Roberto Barroso, registrando, a par de sua proposta de definição para o ativismo, que, no Supremo Tribunal Federal – STF, há diversos precedentes de uma postura ativista, demonstrando que juízes e

---

<sup>264</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 316.

<sup>265</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 617.

<sup>266</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 98/97.

<sup>267</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

<sup>268</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 396.

tribunais têm se distanciado de sua função típica de aplicação do direito vigente, e se aproximam ao que mais se assemelha à criação do próprio direito<sup>269</sup>.

Contudo, há que se deter atenção acerca de quais espécies de “posturas ativistas” dos nossos tribunais têm gerado insatisfação doutrinária e ideológica, na medida em que nem todo o distanciamento da função típica de aplicação do direito, em prol da criação do próprio direito, é objeto de controvérsia.

#### 4.4 OUTROS “ATIVISMOS” QUE NÃO VÊM GANHANDO TANTA OPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA.

Como vimos, o “ativismo judicial” guarda proporção histórica com a assunção do Poder Judiciário à condição de autêntico Poder de Estado, em igualdade de condições com o Executivo e o Legislativo.

Esse desenvolvimento histórico perpassa o pós-Revolução Francesa, o declínio do Estado Legislativo e teve seu ápice durante o *Welfare State*, no qual a legiferância não atendeu às inúmeras e diversas demandas sociais.

O Judiciário, outrora alçado ao status de guardião da constitucionalidade das leis e dos atos e omissões dos demais Poderes, foi chamado a decidir sobre “casos difíceis”, aplicar princípios, interpretar cláusulas abertas e indeterminadas, obrigar a Administração Pública ao cumprimento de prestações materiais ligadas a direitos sociais; enfim, a adotar uma postura cada vez mais ativa, proativa, intervencionista, construtiva e criadora de direito, na tutela de direitos fundamentais.

Essa nova postura do Judiciário – diametralmente oposta àquela típica do Estado Liberal – causou grande impacto no Direito e na Sociedade, na medida em que, ao suprir a ineficiência, omissão e ineficácia dos demais Poderes, passou a ser enxergado como último bastião da cidadania.

Desamparado pela classe política e pelos governantes, o cidadão carente não vê alternativas senão as demandas judiciais injuntivas contra o Poder Público para ver realizados direitos básicos, muitas vezes ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, a exemplo do direito à saúde.

O protagonismo judicial na efetivação da vontade constitucional e o consequente prestígio decorrente da aplicação do princípio da igualdade em sua

---

<sup>269</sup> BARROSO, *idem*, p. 370/372.

vertente substancial não vêm agradando a diversos setores, antes tidos como os únicos agentes de transformação social.

O uso retórico e ideológico da expressão “ativista” é o símbolo que marca as decisões judiciais que ousam enveredar pelo campo das “*political questions*” e abalar o paradigma da separação de poderes, questionando-se a legitimidade desses julgados.

O “ativismo judicial” passa a ser tema de amplo debate doutrinário no universo jurídico, tanto por seus opositores, quanto pelos interessados em lapidar a atuação “agigantada” do Judiciário, adaptando-a a critérios razoavelmente científicos.

Através do resgate histórico, foi possível verificar o aproveitamento intencional da imprecisão conceitual que marca a expressão “ativista”, desde o nascedouro, com o objetivo de tachar pejorativamente determinadas decisões judiciais progressistas e concretizadoras de direitos fundamentais sociais, primando-se pela disseminação do desentendimento e de definições ideológicas apaixonadas, em detrimento do esclarecimento metodológico, que vem prejudicando a promoção de um debate verdadeiro sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade; como bem observam Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi<sup>270</sup>.

Contudo, podemos observar, pelas críticas dirigidas às decisões judiciais tidas como “ativistas”, que o ponto de insatisfação reside especificamente naquelas que determinam ao Poder Público a promoção ou mesmo a própria realização de direitos fundamentais de cunho social, ou seja, aquelas medidas de efetivação do princípio da igualdade em sua vertente material.

Noutros termos, a objeção teórica em relação ao “ativismo judicial” incide somente sobre aquelas decisões judiciais que determinam a efetivação de medidas governamentais que se prestam a promoção social, que são dirigidas à oferta de verdadeiras condições materiais à ampla parcela da população, outrora espoliada pela desequilibrada relação capital-trabalho, durante o absentismo do Estado Liberal, e que agora reivindica sua parcela de participação com igualdade de condições na vida social.

---

<sup>270</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 460.

Por via reversa, outros fenômenos institucionais, ligados ao agigantamento de funções, com igual potencial de questionamento quanto à legitimidade e suposta violação ao princípio da separação de poderes, não recebem a mesma atenção e oposição dos puristas teóricos; permitindo a compreensão dos verdadeiros interesses ideológicos velados pelo discurso jurídico de bloqueio social.

Não se vê, por exemplo, uma movimentação doutrinária tão expressiva a rebelar-se contra o ativismo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho em nome da proteção do trabalhador. A sociedade e a cultura jurídica parecem apoiar os arrojos ativistas em prol desses direitos.

Nossa interpretação sobre essa questão seria a de que, como o efeito dessas decisões incidem com muito mais frequência sobre o patrimônio de particulares (empregadores), ao mesmo tempo que beneficiam uma grande massa de trabalhadores que, por sua vez, revertem o proveito econômico auferido para o consumo de bens e serviços; isso interessaria à ideologia (neo)liberal e ao Capitalismo.

Nesse mesmo aspecto, não se vê maiores resistências ao modo como a Justiça do Trabalho tem, há décadas, praticamente legislado, material e processualmente, através da expedição de “Enunciados” e “Orientações” normativas, conferindo a tais institutos, que não passaram pelo crivo da representatividade democrática, um poder normativo superior às leis em sentido formal.

Sem determo-nos em maiores detalhes, outras situações ainda mais graves, indicando uma suposta usurpação de funções constitucionais pelo Poder Judiciário se instalaram na cultura jurídica brasileira sem maiores questionamentos acerca de possível violação da separação de poderes e da legitimidade desses instrumentos<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> Podemos citar como exemplo o caso dos “Enunciados” oriundos das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários - CEJ, do Conselho da Justiça Federal - CJF, que vêm sendo usualmente citados e obedecidos pelos magistrados como fonte de direito, mas sem qualquer respeito hierárquico às leis em sentido formal, quanto à não-aplicabilidade do art. 406 do Código Civil de 2002 para os casos de juros de mora legais, tendo como índice a Taxa SELIC, diante da previsão do Enunciado nº 20, da I Jornada de Direito Civil, do CEJ do CJF, assim assentada: “Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal,

Uma situação bastante marcante quanto a esse aspecto envolve as Súmulas Vinculantes, expedidas pelo Supremo Tribunal Federal - STF, consideradas uma espécie de “super-lei” de “injunção idêntica à de que desfrutam os preceitos da própria Constituição”, como bem revela Inocêncio Mártires Coelho<sup>272</sup>, as súmulas vinculantes, com eficácia *erga omnes*, obrigam os demais Poderes ao seu cumprimento e observância, podendo até mesmo inibir a propositura de projetos de lei que lhe afrontem, exceto o seu próprio órgão emissor, o STF, que pode criar, alterar ou cancelar esses enunciados normativos.

Não se vê a mesma insurgência doutrinária, como a que é dirigida contra o ativismo judicial, questionando essa espécie de legislação judicial. Ao contrário, como o próprio Inocêncio Mártires Coelho<sup>273</sup> observa, é com tamanha naturalidade com que se aceita e se prestigia a legislação judicial, posto que já se tornou na cultura jurídica conferir à jurisprudência o status de fonte imediata do Direito, gerando expressiva produção doutrinária o tema da normatividade das decisões judiciais, assim como se tornou profícua no mundo jurídico a publicação de repertórios jurisprudenciais.

Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>274</sup> não enxerga como ativista a função quase-normativa, ínsita à competência jurisdicional do STF, através da edição de súmulas vinculantes; tampouco entende haver de se criticar a frequência com que o STF fiscaliza as leis e emendas à Constituição, diante da configuração legislativa dada ao controle de constitucionalidade de nosso país, que, nitidamente, tem o propósito alargador da atuação do STF.

Assim, até onde foi possível verificarmos, o cerne da questão envolvendo a resistência ao “ativismo judicial”, na verdade consiste numa resistência à realização dos direitos de igualdade, tão solapados pelo Capitalismo de cunho liberal, que

---

se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano”; Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). Jornada de Direito Civil. CJF, 2007 (disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>); indicando que aquele Conselho da Justiça Federal expede normas jurídicas vinculativas de decisões judiciais (Orientações Normativas) que podem, inclusive, confrontar dispositivos legais formais (art. 406 do Código Civil).

<sup>272</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 487.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>274</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 396.

preconizava o distanciamento do Estado com a Sociedade e a desregulação jurídica das relações sociais de cunho privado em prol das leis de mercado.

Verificamos, portanto, que o “ativismo judicial” só se revela perigoso (na visão de seus opositores), a justificar extensa produção doutrinária, quando a Administração se vê compelida pelo Judiciário a planejar políticas públicas, realizar escolhas alocativas de recursos, discutir democraticamente e votar leis orçamentárias compatíveis com as prioridades constitucionais, além de despender recursos e fiscalizar, com elevados níveis de eficiência, a sua aplicação; tudo no intuito de fornecer, em maior grau, oportunidades de desenvolvimento da personalidade em sua plenitude à ampla parcela da população que foi vitimada pela desigualdade material do Capitalismo pré-*Welfare State*.

Apenas em momento assim vem à tona a discussão acerca de um suposto abuso nas funções institucionais do Judiciário e a violação do princípio da separação dos poderes, mas que, em seu pano de fundo, oculta a verdadeira resistência dos poderes eleitos pelo voto direto em se verem despojados da condição messiânica de únicos condutores da concretização de direitos fundamentais sociais aos economicamente necessitados: seus eleitores.

O Poder Legislativo é, em sua maioria, formado por representantes de interesses econômicos, cujo desempenho político dos dias atuais culminou numa justificada descrença populacional na representatividade parlamentar, batendo às portas do Judiciário para ver realizados direitos constitucionalmente garantidos, mas que não se coadunam com as prioridades de uma desidiosa Administração Pública.

Parece possível concluir, igualmente, que o embate Capitalismo-Comunismo, que marcou a ONU durante a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, revelou o interesse das nações de modelo econômico liberal em não se vincular a direitos individuais que demandem um maior comprometimento de recursos orçamentários e um maior envolvimento de competências técnicas e fiscalizadoras para com o bem público; tentando, a todo o custo, privá-los de exigibilidade, preferindo incluí-los dentre aqueles de realização gradual (programatividade), a cargo dos interesses políticos e das circunstâncias econômicas (reserva do possível), mantendo-se assim um grau mínimo de intervenção estatal nas questões sociais.

Diante dessas circunstâncias, questionamos, então, quais seriam os verdadeiros interesses por trás do incômodo com um Judiciário mais comprometido

com a solução de casos difíceis, que tanto angustiam a sociedade, ao mesmo tempo em que desvelam um Legislativo inerte para com a solução daqueles mesmos problemas?

Ao que nos parece, o embate envolve mais uma questão política – a disputa de espaços e de manutenção de poder – do que propriamente jurídica; o que não justifica que nesse meio-tempo a população padeça e espere uma solução para seus problemas emergentes. Há situações que não podem esperar o jogo burocrático e político, demandando atuação imediata – como é o direito à saúde, que, em muitos casos, também põe em risco o direito à vida.

Se uma atuação judicial ativista é um mal – como querem fazer parecer alguns – será apenas um “mal necessário” e adequado ao contexto de inércia ou ineficiência dos Poderes Públicos, pois, num cenário democrático ideal, o controle judicial dos atos (e omissões) administrativas bastaria a compelir a Administração a corrigir a violação (por omissão) de direitos fundamentais, legislando para implementar determinados direitos sociais a contento.

Portanto, se a questão sobre a atuação ativista do Judiciário repousa nalguns pontos ericados pela doutrina antagônica, ao verificarmos aqueles que mais permeiam as críticas, solidarizamos-nos com as legítimas preocupações quanto a uma atuação verdadeiramente desmesurada e subjetiva por parte do Judiciário.

Tanto é assim que focaremos, em capítulo posterior, acerca de parâmetros de atuação judicial na concretização do direito social da saúde, no fornecimento de medicamentos; parâmetros tais, que, por um lado, não deixem a concretização de direitos sociais prestacionais inteiramente sob a discricionariedade administrativa – o que poderia significar, em última análise, à sua completa irrealização; mas que também, por outro lado, não permitam reinar a temida e alardeada “jurisdiocracia” ou “governo de toga”.

#### 4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

Como afirma Daniel Sarmento, poucos temas no Direito Constitucional brasileiro têm sido tão debatidos nos últimos anos como a eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional, sendo a jurisprudência nacional extremamente rica nessa questão e o Brasil, “um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção

de tais direitos”. O discurso predominante na doutrina e jurisprudência até o final da última década era o de que os direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado<sup>275</sup>.

De fato, para André Ramos Tavares<sup>276</sup>, vários são os argumentos em pauta para afastar a caracterização das normas programáticas como consubstanciadoras de direitos subjetivos, imediatamente invocáveis perante o Estado; como exemplo, a impossibilidade de o Judiciário exigir a concretização de programas sem ferir a separação de poderes, a inexistência de obrigação direta dirigida ao Estado para dar imediato e pleno cumprimento aos diversos programas contemplados constitucionalmente, assim como a chamada “reserva do possível”, sob o enfoque das limitações orçamentárias diante da apuração das necessidades sociais a serem satisfeitas.

Assim, a baixa carga de densidade normativa, tradicionalmente atribuída aos direitos fundamentais de “segunda dimensão”, deixa-os relegados a um segundo plano normativo, como uma espécie de “segunda” categoria jurídica destituída de juridicidade. Sendo classificada como norma “meramente programática”, impedia-se de conceber a possibilidade de sua judicialização e cominação de ações e prestações perante o ente público.

Tratava-se de um quadro, diante do qual, há bem pouco tempo, seria impensado considerar a possibilidade de o Judiciário constranger outro Poder estatal ao cumprimento de uma obrigação de fazer, concretizando uma previsão de Direito Fundamental Social, como o Direito à Saúde.

Nos dizeres de Eduardo Moreira Ribeiro<sup>277</sup>, a classificação das normas constitucionais servia apenas para justificar o afastamento da eficácia das normas limitadas e programáticas, transformando num pensamento utópico a invocação do direito à saúde ou direito à educação para tentar impor ao Estado atos concretos (obrigação de fazer).

---

<sup>275</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 389.

<sup>276</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

<sup>277</sup> RIBEIRO, Eduardo Moreira. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 07. São Paulo: Método, 2008, p. 100.

Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>278</sup> apontam que, como por vários anos o art. 196 da Constituição brasileira era interpretado apenas como norma meramente programática, e não como determinante da obrigação do Executivo em fornecer intervenções ou medicamentos, as demandas judiciais com esse objeto não eram acolhidas de maneira geral; visão essa que passou a ser alterada, a partir de meados da década de 1990, ao ser iniciado um processo hoje denominado de “judicialização da saúde”.

Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>279</sup> explica que, tão logo a doutrina passou a entender como próximos os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, passou-se a ter como respaldada a afirmação da justicialidade do direito à saúde, “inclusive quanto a prestações materiais originárias e ao menos naquilo que pertine à proteção da dimensão da dignidade humana que integre o conteúdo do direito à saúde”. Razão pela qual acrescenta que a jurisprudência vem aceitando, sem grandes dificuldades e até a despeito de disposições legislativas em sentido diverso, a postulação direta de prestações individuais, e mesmo coletivas, com fundamento no direito constitucional à saúde, a exemplo de ordens de fornecimento de medicamentos, vagas em UTI’s e realização de determinados procedimentos; mais pela deficiência do sistema vigente do que pela realização originária do direito à saúde em si<sup>280</sup>.

Além da ausência de judicialidade das normas de direitos fundamentais sociais, a percepção do princípio da separação dos poderes ainda sob uma ótica típica de um Estado puramente liberal pós-Revolução Francesa, é outro fator que vem sendo colocado como um dos principais argumentos contrários à judicialização de direitos sociais, contribuindo para o quadro de sonegação de direitos prestacionais de cunho material, sob o entendimento da vedação do Judiciário na seara das políticas públicas.

De fato, partindo-se da premissa de que as políticas públicas seriam questões de competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, não se poderia pensar na intromissão do Poder Judiciário para concretização desses direitos (agora lesados por omissão), sem considerar por violado o princípio da

---

<sup>278</sup> CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

<sup>279</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 90/91.

separação dos poderes, na medida em que se entendia sua materialização depender apenas da liberdade de conformação do Legislador e do poder discricionário do Administrador quanto às previsões orçamentárias.

Por essa razão, entendemos a necessidade de confrontarmos a cláusula da separação de poderes, em sua perspectiva histórica, com os preceitos atuais, ressaltando uma evidente necessidade de revisão de seu conceito para os dias atuais, em prol da concretização constitucional.

Feito isso, torna-se decorrência natural trilhamos pelo questionamento quanto à legitimidade do Judiciário para a interferência em concretização de políticas públicas, visando ao cumprimento da Constituição, diante da diminuição da carga de discricionariedade das decisões políticas do Legislativo, destacando a tensão de Poderes decorrente da relação entre democracia representativa e participativa.

Quanto a esse aspecto, pudemos verificar um quadro de resistência à judicialização de prestações materiais, tais como o direito à saúde, mas também que esse quadro começa a ser alterado na medida em que perdem distinção os temas políticos e jurídicos constantes na Constituição, como ponto de partida ao entendimento de que as questões políticas (*political questions*) não mais são campo vedado à análise judicial.

Apesar de ser um tema bastante polêmico, ainda em consolidação e contar com sensível resistência doutrinária, a judicialização de questões políticas é uma realidade que vem se afirmando juntamente com as profundas transformações de ordem metodológica, teórica e ideológica que vem passando o Constitucionalismo Contemporâneo<sup>281</sup>.

Aliada a essas transformações paradigmáticas na Teoria Constitucional, a ampliação do rol de direitos fundamentais positivados no Texto Maior, na primeira metade do século XX, geraram para o Poder Judiciário o enfrentamento de uma realidade completamente diferente em sua tarefa de julgar a constitucionalidade – agora não apenas das condutas ativas dos agentes públicos –, mas também as condutas omissivas e, portanto, negligenciadoras de direitos fundamentais.

---

<sup>281</sup> A exemplo da assunção da força normativa da Constituição, a necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora, o pós-positivismo jurídico e normatividade dos princípios, o desenvolvimento do ativismo judicial, o exercício da jurisdição constitucional, a separação de funções estatais de forma harmônica, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Passou-se a verificar, cada vez mais, uma mais ampla, intensa e criativa participação do Judiciário na efetivação de valores constitucionalmente estabelecidos em espaços que, num primeiro momento, estariam reservados exclusivamente aos demais Poderes, impondo ao Poder Público condutas ou abstenções em matérias de políticas públicas, inclusive sob a cominação de multas.

Essa atuação construtiva, criativa e participativa do Judiciário nos destinos da nação guarda estreita ligação com o papel que a Constituição ocupa na vida da sociedade, e esse papel pode ser percebido na evolução histórica do Constitucionalismo.

Franco Aurélio Brito de Souza<sup>282</sup> explica que durante o Estado de Direito Clássico, o Poder Legislativo detinha uma clara proeminência, assegurado pelo primado da lei, idealizado como produto da autonomia da vontade dos indivíduos, que dispunham sobre as questões de interesse coletivo por meio de seus representantes eleitos para o Parlamento. Já no Estado Social de Direito, esse protagonismo transferiu-se para o Poder Executivo, visto que as ações governamentais transformaram-se num instrumento primordial de realização concreta das aspirações por justiça social e igualdade material, na busca pela fiel harmonização das relações intrassociais. Contudo, no Estado Democrático de Direito há um significativo deslocamento das atenções para o Poder Judiciário, em volta do qual passa a gravitar a eficácia de relevantes decisões de cunho político, descortinando, assim, o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

E não poderia ser diferente, pois, como registra Marcelo Neves<sup>283</sup>, a Constituição do Constitucionalismo Moderno é compreendida como o mecanismo de acoplamento, coordenação, cooperação e diferenciação do Direito e da Política, sendo assim, a um só tempo, expressões de justiça e de democracia. Logo, em razão desse acoplamento, politiza-se o Direito, pesando a moral em seus julgamentos, assim como judicializa-se a política, sendo ela incluída na pauta do controle da constitucionalidade.

A partir dessa premissa, é possível compreender que, se a Constituição é norma positiva, composta de Direito e Política, e o Judiciário é o guardião dessa

---

<sup>282</sup> SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84/89.

<sup>283</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Martins Fontes. São Paulo, 2009, p. 53, 56, 57.

Constituição; nada mais natural concluir que a esse Poder é franqueada a análise de questões políticas, tanto quanto de jurídicas.

Saulo Versiani Penna<sup>284</sup> assim percebe os ciclos de preponderância dos Poderes estatais: no paradigma do Estado Liberal, durante o qual recaía o temor do retorno absolutista, preponderava o Legislativo como órgão de representação dos cidadãos; já durante o Estado Social, por ser de cunho diretivo, a preponderância passou ao Executivo em razão de ser o responsável exclusivo pela efetivação das políticas públicas previstas nos textos constitucionais; finalmente, no Estado de Direito Democrático, há o reclamo social de meios legítimos para a concretização de seus direitos básicos. Diante do que, conclui ser o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público e a implementação dos mandamentos constitucionais não realizada “pelo” Poder Judiciário, mas pelo próprio cidadão, por uma concepção de autodeterminação política, e sob aplicação do princípio da subsidiariedade; acrescentando que, pelo caráter autoaplicável dos direitos fundamentais, não há qualquer ressalva de funções quanto à sua implementação. Se o cidadão não tem seus direitos respeitados, há legitimidade para que se valha do canal judicial para concretizar o que na Constituição está assegurado.

Diante das afirmações de Saulo Versiani Penna, acima referidas, é possível inferir que controle e a implementação de políticas públicas desatendidas pela Administração não se daria exatamente “pelo” Judiciário, mas “através” dele, na medida em que, demandado pelo cidadão, aquele Poder não poderia deixar de apreciar o caso, detectando a possível violação da Constituição e determinando a respectiva correção da omissão; como decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Isso permite concluir que o Judiciário – tanto quanto os demais Poderes, mas na proporção de suas funções inerentes – transforma-se num canal de exercício da cidadania e da soberania popular quando o cidadão se utiliza do Judiciário para fazer valer seus direitos, necessitando da interferência daquele Poder junto aos demais outros para corrigir inércias inconstitucionais. Além disso, a concretização de direitos fundamentais não seria monopólio de nenhum dos Poderes estatais, dado o caráter autoaplicável que detém, sendo todos eles dotados de legitimidade para tanto.

---

<sup>284</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 192.

Mais ainda legítima será essa interferência do Judiciário no plano de deliberação majoritária quando ela se der subsidiariamente, ou seja, quando a interferência judicial ocorrer diante da constatação da omissão, negligência, ineficiência da prestação por parte do Poder detentor de competência constitucional para implementar políticas públicas e concretizar direitos fundamentais prestacionais materiais; só então passando a atuar o Judiciário em favor do demandante.

Quanto a aparente contradição entre a função jurisdicional e a política e o desempenho da atividade jurisdicional no Estado de Direito Democrático Constitucional, nos parece possível concluir que o exercício do poder político estatal não se esgota no processo legislativo – cujo Poder Legislativo exercia a proeminência sobre os demais Poderes no Estado de Direito Liberal Clássico – mas continua através do exercício da jurisdição; sendo o exercício das funções estatais política e jurídica (solução de conflitos e criação de direito) apta tanto para o Legislativo quanto para o Judiciário exercê-las como legitimidade.

Quando Anabelle Silva<sup>285</sup> afirma que a atribuição normativa não esgota sua função normativa, exigindo a prática de atos de execução, de prestações estatais positivas posteriores à intervenção legislativa; percebemos, enfim, não haver diferença qualitativa (geração de direito), mas apenas quantitativa (proeminência), entre uma lei em sentido formal e uma decisão do Tribunal Constitucional.

Ademais, o exercício da soberania popular não se resume ao fenômeno de produção legal para pautar as ações estatais – propiciando a ascensão do Poder Legislativo no pós-Revolução Francesa, pelo monopólio da produção legislativa que detinha. É preciso, além de produzir leis, corrigir seu cumprimento pelo Poder Público. E, paulatinamente, o cidadão vem descobrindo as amplas possibilidades de recurso à via judicial como, talvez único, caminho para suprir as omissões inconstitucionais dos demais Poderes.

Oportuno se faz, finalmente, no intento de satisfazer efeitos didáticos, distinguir o fenômeno da judicialização paulatina de questões políticas, como no caso das prestações materiais voltadas ao direito à saúde, de outro fenômeno correlato e também envolvido com a postura do Judiciário necessária a compelir o agente público a ofertar prestações outrora negligenciadas ao particular, o ativismo judicial, posto que verificamos, tanto nos discursos favoráveis, quanto nos

---

<sup>285</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67.

contrários, que o fenômeno da judicialização vem sendo citado indiscriminadamente como ativismo.

Para João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza<sup>286</sup>, a judicialização se diferencia do ativismo judicial, na medida em que a primeira corresponderia ao ato de se transferir ao Judiciário questões que deveriam ser tomadas pelos demais poderes, pondo-se à análise “questões que envolvem o reconhecimento e concretização de direitos de natureza social e política, que pressupõem prestações positivas do Estado a serem cumpridas por meio de políticas públicas”. Já o ativismo, segundo os autores, seria uma nova postura do magistrado em razão do reconhecimento de sua atividade como fundamental para o exercício da atividade jurisdicional; seria como uma opção proativa do juiz diante da inércia dos demais poderes em efetivar direitos até então esquecidos, passando a adotar uma participação mais ativa na concretização dos valores consagrados constitucionalmente.

A característica da judicialização enquanto fato (fenômeno) distinto do ativismo, enquanto ato (opção, escolha, atitude), também aparece em Luis Roberto Barroso<sup>287</sup>, ao delinear o primeiro como uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, instalada em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O ativismo, segundo ele, seria uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, e que, quando legitimamente exercido, procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).

Daniel Giotti de Paula<sup>288</sup> reconhece a dificuldade de se encontrar definições teóricas que distingam conceitos tão atrelados quanto “judicialização” e “ativismo”,

---

<sup>286</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259/260.

<sup>287</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

<sup>288</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 294.

sugerindo a busca por uma base comum para os dois, a qual seria o abandono de uma rígida separação entre direito e política; sendo de aparente consenso que enquanto o “ativismo” é uma prática dos tribunais diante da revelia ou inércia dos demais Poderes, a “judicialização” seria uma “atitude deliberada das instâncias políticas em levar ao Judiciário questões não resolvidas nos parlamentos para mais uma rodada de decisão”.

Nessa mesma linha de ideias, segue Felipe Dutra Arensi<sup>289</sup>, para quem “judicialização” é o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito e com o protagonismo do Judiciário, dos conflitos político-sociais, podendo ser explicado pelo fato de que o Judiciário tem se visto cada vez mais apto a limitar e regular o exercício do Legislativo, sendo o lugar de onde surgem decisões e políticas significativas na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

De fato, dentre as causas apontadas para a judicialização da política, ou seja, para uma expansão global do poder judicial, transferindo-se a tomada de decisões que caberiam às legislaturas e a propagação de métodos judiciais de tomada de decisões além da província jurisdicional, exsurge a insatisfação com o sistema representativo tradicional, que não consegue atender aos anseios das classes menos favorecidas, colocando o Judiciário na posição de guardião dessas minorias ou, como prefere Ran Hirschl<sup>290</sup>, “o muro das lamentações da sociedade moderna”.

Em outras palavras, Daniel Giotti de Paula nos coloca a crise de representação parlamentar e a percepção da justiça como um canal aberto para os perdedores no debate político-partidário como causas para o que a maioria dos países tem assistido como a invasão do Judiciário na arena política e declínio da dignidade que se dava ao Parlamento. Isso, segundo o autor, isso torna a judicialização “um fenômeno pensado pela própria classe política”, ao passo que o

---

<sup>289</sup> ARENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 213.

<sup>290</sup> HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. In: Fordam Law Review, 2006, Vol. 75, n. 02, p. 722; *apud* PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 277, 298.

ativismo, ao contrário, seria mais uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura<sup>291</sup>.

Além da, repetidamente citada, desilusão com a política majoritária, fomentada pela crise de representatividade dos parlamentos em geral, Luis Roberto Barroso<sup>292</sup> cita outras causas do fenômeno da judicialização: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, o fato de que os atores políticos procuram se preservar de desgastes ao preferirem a via do Judiciário como instância decisória de certas questões sociais polêmicas, e, no caso especial do Brasil, a existência de uma Constituição ampla, analítica, abrangente, aliado a um sistema de controle de constitucionalidade que mescla os modelos americano e europeu, tornando a judicialização um fato inelutável diante do “desenho institucional vigente”, e “não uma opção política do Judiciário”.

E essa judicialização, segundo Daniel Giotti de Paula<sup>293</sup>, não se instala automaticamente, mas apresenta categorizações. Num primeiro plano, assume a feição de difusão do discurso jurídico, com seus jargões, regras, procedimentos, para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política, representando o avanço do direito sobre a cultura popular e sobre as várias áreas da vida privada e em sociedade. Num segundo plano, a judicialização alcança o âmbito da tomada de decisões políticas pela Administração ordinária e a revisão judicial. É a expansão da jurisdição para definir e delimitar direitos, bem como as relações entre os órgãos estatais, e cuja respectiva crítica à postura de algumas cortes, convencionou-se afirmar ter se instalado o “governo dos juízes”. E, num terceiro e último plano, ocorre a judicialização “mega” ou “pura”, onde se verifica a transferência para as cortes de questões de natureza essencialmente política, como se dá em tempos atuais. Não se tratando de lidar meramente com questões de justiça ou procedimentais, mas sim de questões morais substanciais ou controvérsias políticas. Tem o efeito de elevar as cortes ao patamar de parte curial no aparato nacional de formação de políticas, o que, paulatinamente, provoca a transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário. É identificado em seu plano exterior como “juristocracia”.

---

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 274, 300.

<sup>292</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 367/369.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 299.

#### 4.6 PRINCIPAIS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO À SAÚDE.

Tal qual ocorre com o ativismo judicial, a judicialização de questões tradicionalmente tidas como políticas, como a concretização do direito fundamental à saúde, também é objeto de críticas doutrinárias; a começar pelos espaços de possíveis interferências judiciais.

Ana Paula de Barcellos<sup>294</sup> informa que o mínimo existencial, enquanto núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, teria eficácia “positiva” ou “simétrica”, sobre a qual se permitiria a tutela jurisdicional (esfera judicial). Mas, para além desse núcleo essencial (mínimo existencial), existe um espaço reservado à deliberação política e majoritária (esfera política), o qual seria dotado de uma modalidade de eficácia “assimétrica”, servindo como limite à atuação do Judiciário.

Quanto à tutela judicial do núcleo da dignidade, ou seja, do que se refira ao mínimo existencial, existe concordância de ampla maioria doutrinária pesquisada pela possibilidade. Contudo, quando a hipótese versa sobre a interferência judicial no campo exterior a esse mínimo existencial, registramos divergência doutrinária.

Para Alessandra Gotti<sup>295</sup>, ainda que não se trate de prestações que compõem o mínimo existencial, sempre haverá a possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de prestações fáticas, em nome dos princípios da implementação progressiva e da proibição de retrocesso social, desde que tais

<sup>294</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248. A autora afirma também (p. 251/253) que, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana podem abrigar-se as concepções mais diversas, como a defesa e condenação do aborto, da eutanásia, liberalismo e dirigismo econômico, dentre outros; sendo esse o campo reservado à deliberação democrática, não cabendo ao Judiciário formular um conteúdo completo da dignidade que lhe pareça mais adequado. Na esfera política, o princípio da dignidade da pessoa humana funcionaria apenas como uma barreira de contenção contra ações políticas que a violem ou restrinjam. Recorrendo à metáfora dos círculos concêntricos, a autora indica que, o círculo interior conteria o mínimo de dignidade representativa da decisão fundamental do constituinte originário. Já o espaço entre o círculo interno e o externo, representa o espaço de ocupação da deliberação política, para além do mínimo existencial, onde se desenvolve a concepção de dignidade prevalecente em cada momento histórico e de acordo com as escolhas do povo. Mais adiante (p. 274), é enfática ao afirmar: “o Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não poderá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto”, salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos hajam sido juridicizadas e tomem forma de lei, quando caberá ao Judiciário também dar-lhe execução.

<sup>295</sup> GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 419.

princípios estejam sendo desobedecidos sem justificativas proporcionais e razoáveis para tanto.

Paulo Gilberto Cogo Leivas<sup>296</sup> também se mostra favorável à justicialidade dos direitos fundamentais sociais que não compõem o mínimo existencial, sendo de tal importância que não podem ficar sob o arbítrio da maioria parlamentar; não se retirando espaço próprio da política e das deliberações majoritárias, que serão consideradas dentro da reserva do possível, como restrições aos direitos fundamentais.

Autores como Luís Roberto Barroso<sup>297</sup> seguem a metodologia de classificar as principais objeções à expansão do Judiciário nos Estados constitucionais segundo suas vertentes:

A primeira delas, de ordem político-ideológica, observa que, quando o Judiciário invalida atos do Legislativo ou Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, desempenha um papel inequivocamente político, mas juízes e membros do Judiciário não são agentes políticos, pois sua investidura não conta com o batismo da vontade popular. Desse modo, a imposição da vontade das instâncias judiciais sobre as dos agentes políticos eleitos geraria o que a teoria constitucional denominou de “dificuldade contramajoritária”, ou seja, o questionamento quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional e quanto à atuação expansiva do Judiciário por uma suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, quanto à capacidade institucional, considera que a primazia da interpretação da Constituição dentre os três Poderes pertence ao Judiciário, mas isso não significa que toda e qualquer matéria deve ser decidida num tribunal. Para suavizar o comportamento do Judiciário enquanto “indesejável instância hegemônica”, a doutrina tem explorado duas teses: a “capacidade institucional” e os “efeitos sistêmicos”. A tese da capacidade institucional indicaria qual poder estaria melhor habilitado à decisão em determinada matéria (aspectos técnicos e científicos). Já a teoria dos efeitos sistêmicos, indicaria que a vocação do juiz é a da aplicação da justiça ao caso concreto (microjustiça), sem possuir

---

<sup>296</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133.

<sup>297</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372/376.

condições, em muitas das situações, de avaliar o impacto de suas decisões sobre determinado segmento econômico ou sobre a prestação de determinado serviço público.

Por terceiro e último, quanto à limitação do debate, foca atenção na dose excessiva de paixões e politização dos tribunais, ao decidirem questões públicas, num ambiente onde deveria prevalecer a razão. Os processos passariam a tramitar nas manchetes dos jornais, em lugar da imprensa oficial, e os juízes trocariam a racionalidade plácida da argumentação jurídica pelos embates próprios da discussão parlamentar, que é movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.

Eduardo Cambi<sup>298</sup> também aponta numerosas críticas doutrinárias à expansão da jurisdição constitucional, destacando-se as seguintes:

Quanto à legitimidade democrática dos juízes, preconiza-se que os membros do Judiciário não são escolhidos pelo povo nem estão sujeitos às eleições; por outro lado, como os detentores de cargos políticos conduzem suas decisões visando às próximas eleições, estão sujeitos à fiscalização e exoneração da representação popular. De modo que o controle de gastos públicos exercido pelo Judiciário faria com que houvesse a suplantação dos órgãos que exercem a responsabilidade política, criando um “Estado Judicial” ou “Jurisprudencialismo”.

Eduardo Cambi infere<sup>299</sup> que as opções políticas são pautadas por um critério de “macrojustiça” (o quanto disponibilizar e a quem atender) e o Judiciário estria vocacionado a resolver problemas de “microjustiça” (do caso concreto), não tendo condições de examinar os efeitos globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 264.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>300</sup> Quanto a esse aspecto, verificamos que não existe consenso doutrinário. Há autores contrários à legitimidade e vocação do magistrado para realizar escolhas que impliquem repercussões “macroeconômicas”, como nos argumentos de Eduardo Cambi, acima transcritos; e outros posicionamentos, a exemplo de CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41; que propugnam que, ao analisar demandas com o propósito de concessão de medicamentos, o magistrado verifique, dentre outros critérios, as consequências macroeconômicas do pedido, pois “decisões que retiram recursos de um programa para alocar na saúde devem ser prontamente rechaçadas”; devendo o magistrado “fazer a inteligência destes fatores econômicos em suas decisões”.

Quanto à relação entre direito e política, Eduardo Cambi<sup>301</sup> referenda que não deve haver entre eles uma rígida separação, já que compartilham de funções recíprocas. No Estado Constitucional de Direito, o direito é subordinado à política, na medida em que se constitui seu produto e elemento; mas a política, por sua vez, também está submetida ao direito, na medida em que as escolhas dos governantes estão sob o império das leis e vinculadas às normas constitucionais, devendo ser observados os direitos fundamentais.

Então, argumenta ainda Eduardo Cambi<sup>302</sup>, o controle judicial das políticas públicas não se destina à criação dessas políticas (definição de objetivos ou interesses que devam ser alcançados), cabendo aos juízes dar força normativa à Constituição, sem, com isso, absorver o espaço político reservado à deliberação majoritária acerca das políticas públicas, posto que os fundamentos políticos que o juiz usa para decidir não se confundem com os de política partidária. Mas, muito embora não desenvolvam atividade política *strito sensu*, não se pode negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar os direitos fundamentais, sob pena de também ser negado o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

Por fim, Eduardo Cambi<sup>303</sup> tece críticas às correntes tradicionalistas, que defendem o status do Judiciário apenas como “legislador negativo”, que, para não comprometer o princípio da separação de poderes, o Judiciário, ao controlar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, deva apenas deixar de aplicar o dispositivo ao caso concreto ou considera-lo inválido com eficácia erga omnes. Sua crítica reside no fato de que a função do Judiciário não é mais a de somente descrever significados, mas de reconstruir sentidos para aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto.

Daniel Sarmiento<sup>304</sup> oferece algumas refutações à objeção da proteção judicial dos direitos sociais pela perspectiva democrática. Destacando o déficit democrático proveniente das próprias instituições representativas, argumenta que, apesar da universalização do voto, hoje uma série de fatores, tais como, a influência do poder econômico, apatia e distanciamento do cidadão da *res publica*, tende a

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 266/267.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 269/271.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 289/290.

<sup>304</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 397, 398.

segregar representantes e representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam a vontade dos segundos na esfera política. Além disso, questiona a compreensão do significado da democracia, buscando-se nela algo além do sufrágio universal e possibilidade de alternância de poder, mas sim a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos. Nesse sentido, quando o Judiciário garante direitos fundamentais contra descasos ou arbitrariedades das majorias políticas ou dos tecnocratas de plantão, estaria também protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela; pois, conforme a natureza normativa da Constituição, mesmo controlando o exercício do poder estatal, o Judiciário está desempenhando sua típica função de aplicador de direito existente sobre situações litigiosas.

Para Saulo Versiani Penna<sup>305</sup>, não havendo exclusividade de nenhum Poder para a concretização de direitos fundamentais e o Judiciário atuando subsidiariamente aos demais, estaria afastada a alegação de que faltaria legitimidade aos juízes, por não serem estes eleitos pela maioria, para implementar o direito, transformando-se num “superpoder”.

Conforme Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>306</sup>, a concretização do direito à saúde depende da atuação conjunta dos três Poderes. De um lado, o Legislativo, criando a regulação do setor; de outro, o Executivo, concretizando o direito normatizado por uma série de ações, pondo em prática as respectivas políticas públicas. Contudo, o aspecto particular da participação do Judiciário na concretização de políticas públicas envolvendo o direito à saúde, tem sido razão para férteis polêmicas, sobretudo nos meios acadêmicos e governamentais, devido aos mais diversos conteúdos das decisões proferidas.

Corroboram essa forma de pensar, Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>307</sup>, os quais, amparando-se nas reflexões propostas por F. R. S. Machado<sup>308</sup>, apontam como evidências positivas da judicialização da saúde o

---

<sup>305</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 192/193.

<sup>306</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80/81.

<sup>307</sup> CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

<sup>308</sup> MACHADO, F. R. S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 9, nº 02, p. 73/91, jul./out.. 2008.

acréscimo dos medicamentos antirretrovirais, que não faziam parte das intervenções disponíveis. Ao ser editada a Lei nº 9.313/96, que garante a distribuição gratuita e universal desses medicamentos, as demandas judiciais com essa finalidade passaram a ser acolhidas pelo Judiciário; situação que pressionou o Executivo a planejar medidas efetivas de prover a medicação, e hoje o Programa Nacional DST/Aids tornou-se modelo mundial de assistência e atenção aos pacientes.

No aspecto negativo da judicialização da saúde, Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>309</sup>, mencionam alguns estudos<sup>310</sup> que concluíram ser a maioria dos beneficiados em demandas judiciais parte de uma minoria privilegiada, que buscava fornecimento de medicamentos “sem evidência científica para o uso solicitado”.

Outro dado negativo observado na judicialização da saúde, segundo os mesmos Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>311</sup>, é o fato de que, a exemplo do ocorrido no ano de 2007, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo gastou 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais com apenas 30 mil pacientes autores de demandas judiciais, enquanto que o orçamento do programa poderia ter atendido cerca de 400 mil; ou seja, mais de dez vezes a quantidade de atendidos.

Ainda sobre os supostos efeitos negativos da judicialização da saúde, Altacílio Aparecido Nunes<sup>312</sup> informa que, na esfera federal, o orçamento do Ministério da Saúde (Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, que é designada para cumprir sentenças judiciais), aumentou 30 vezes, indo de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 67,6 milhões, em 2008; sendo que, até maio de 2009, já foram liberados mais de 58,5 milhões em recursos.

É possível concluir, portanto, que as críticas quanto à judicialização do direito, em particular, do direito à saúde, em primeiro lugar, perpassam necessariamente pelos argumentos de um suposto transbordamento de

---

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> A exemplo de LOPES, L. C.; BARBERATO FILHO, S.; POLIMENO, N. C.; COSTA, A. C.; NAFHH FILHO, M.; CORREA, M. C.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. *In: Seminário: Programa de Pesquisa para o Sistema Único de Saúde (PPSUS-SP) 2004-2007, 2008. São Paulo. Relatório de resultados dos projetos de pesquisa – Seminário PPSUS-SP, 2008, p. 27/28; apud CYRILLO; CAMPINO, *ibidem*, p. 34.*

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>312</sup> NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. *In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.*

competências do Poder Judiciário, em tese, violando-se a separação de poderes; com isso, restando questionada a legitimidade das decisões daquele Poder que compelem a Administração ao cumprimento de prestações materiais ligadas ao direito à igualdade, a exemplo da entrega de medicamentos. Em segundo lugar e como decorrência natural, inevitavelmente emerge a discussão quanto à escassez de recursos públicos e a aptidão do magistrado para intervir em temas orçamentários de competência do Executivo e Legislativo, sob o signo da Reserva do Possível.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, no Estado Democrático de Direito Constitucional Contemporâneo, verificamos que ainda persistem controvérsias sobre os limites da atuação judicial no âmbito da concretização constitucional, esforçando-se a doutrina a fixar parâmetros de controle dessas decisões judiciais<sup>313</sup>.

Como indica Andréa Elias da Costa<sup>314</sup>, o Estado de Direito, em sua concepção clássica, era baseado em um tripé composto por uma Constituição, com supremacia e com um rol de direitos fundamentais, pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio da Legalidade.

Oswaldo Canela Júnior<sup>315</sup> refere que, sob inspiração de “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, os pensadores do séc. XVIII buscaram, num um primeiro momento, substituir a vontade individual dos governantes pela vontade geral e abstrata da lei, concebendo os Poderes Executivo e Legislativo como entidades promoventes do bem comum, prevalecendo o entendimento de que a reunião dos poderes do Estado nas mãos do governante permite o surgimento de leis tirânicas, exequíveis igualmente de forma tirânica, de modo que a liberdade do cidadão dependeria assim

---

<sup>313</sup> Como observa CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 106/108; diversos autores se preocupam com o grau de legitimidade democrática do Judiciário no que tange à concentração de competências decisórias ante dos demais Poderes; tendo sido empregadas expressões como “o Judiciário como superego da sociedade”, “juiz herói” e “governo dos juizes”; reconhecendo-se, inclusive, que o ativismo judicial gera certa desconsideração da separação de poderes pelo fato de o Judiciário substituir o legislativo. De fato, reconhecem-se os benefícios concretos para a efetivação de alguns direitos constitucionais, mas destaca-se que o ativismo judicial é preocupante pelo fato de desequilibrar a construção da separação de poderes, pondo em risco o respeito à legalidade e à essência do Estado de Direito.

<sup>314</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

<sup>315</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66/67.

da existência de vários poderes que, opondo-se entre si, moderar-se-iam reciprocamente, impedindo o abuso por parte de um deles.

Paulo Bonavides<sup>316</sup> informa o quanto uma técnica de liberdade e limitação do poder foi perseguida pela doutrina liberal-burguesa ao se contrapor ao Estado, considerado “grande inimigo da liberdade individual”, o “fantasma que atemorizou o indivíduo”, o “maior inimigo da liberdade”. Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou de dar a essa liberdade função preponderante, fazendo o Estado o acanhado servo do indivíduo. A divisão de poderes, fruto das adaptações de Montesquieu à realidade inglesa para a francesa, é eleita como técnica fundamental de proteção das liberdades individuais, tornando-se o “esteio do liberalismo”, previsto no art. 16 da Declaração dos direitos do Homem e na Constituição Francesa de 1791.

Para os dias atuais, no entanto, Paulo Bonavides<sup>317</sup> propõe a revisão da teoria da separação de poderes em sua concepção tradicional e histórica, a fim de que não se permita que ela – que é técnica típica de um modelo político de contenção e limitação do poder estatal – transforme-se em obstáculo à realização de direitos fundamentais sociais, num contexto político de alargamento de funções estatais e de sua maior participação na vida da sociedade, posto que “já não se teme mais o poder”, nem nele se vê a “indissimulável suspeita” de um “inimigo mortal da liberdade humana”.

Paulo Bonavides<sup>318</sup> não nega a importância e o papel histórico que desempenhou a teoria de Montesquieu, sendo o princípio da divisão dos poderes o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea, servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia contra as ingerências do arbítrio nas esferas da liberdade política, ajudando a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais no combate aos déspotas do absolutismo. Todavia, desde que o constitucionalismo passou a abranger novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, a teoria resta decadente e contraditória diante da relação

---

<sup>316</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40 e 63.

<sup>317</sup> *Ibidem*.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 44, 64/66, 86/87.

Estado-indivíduo, merecendo consideráveis retificações que lhe atenuaram a rigidez inicial, sendo fórmula severamente combatida pela moderna e avançada teoria política do constitucionalismo democrático, já não oferecendo o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

Será em vão, conclui Paulo Bonavides<sup>319</sup>, todo o esforço que buscar outra diretriz para elucidar os rumos presentes do constitucionalismo moderno, respeitante ao sistema em que se apoia a técnica de distribuição de poderes, apresentando-se o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) como primeiro corretivo à técnica separatista.

Saulo Versiani Penna<sup>320</sup>, também tratando da superação da “mítica separação de poderes”, refere que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, a leitura do artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>321</sup>, representa justamente a reformulação do princípio da separação de poderes sob a perspectiva de que “a tríade da separação tem como pressuposto comum a efetividade da Constituição”. De modo que defende que se faça a leitura atual do princípio da separação dos poderes pela ótica da conjunção harmônica de esforços dos Poderes estatais (da União) para a concretização da Constituição, e, nessa dimensão, cada um deles com funções características e preponderantes, “mas não exclusivas”, como, aliás, “por incrível que possa parecer, já vislumbrava o Barão de Montesquieu”.

Realmente, como afirma Anabelle Silva<sup>322</sup>, a emigração de atividades inerentes à função normativa, fenômeno típico desde a emergência do Estado Social, “reorganiza a especialização das funções estatais e atualiza materialmente a chamada teoria da separação de poderes”.

Para Osvaldo Canela Júnior<sup>323</sup>, durante o Estado Social, o alargamento das funções estatais, através da ampliação de seu texto constitucional, em prol de uma nova gama de direitos fundamentais de índole social, provocou o conseqüente alargamento das funções do Judiciário, que, antes reduzido à condição de

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 65/66, 74/75.

<sup>320</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 190/191.

<sup>321</sup> “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>322</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105.

<sup>323</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73/78.

protagonista de um modelo de separação de poderes pautado na supremacia do Legislativo, paulatinamente passou a assumir verdadeira condição de poder público, em condições de igualdade com os demais, desempenhando relevante papel de guardião da Constituição, na medida em que passou a examinar questões antes tidas como de caráter eminentemente político, transcendendo sua tradicional função de aplicador acrítico das leis ao caso concreto, tornando-se um órgão eminentemente político, detentor do poder soberano; o que propiciou uma revisão na concepção tradicional da separação dos poderes.

Ligado inicialmente à proposta de racionalização do Estado, sua limitação, organização e submissão ao Direito, ao ser analisado sob a ótica do Estado Democrático e Social de Direito, o princípio da separação de poderes encontra-se agora relacionado ao processo de distribuição e integração racionalizada de várias funções do Estado, com o objetivo de dar eficiência à atuação estatal, assim com salvaguardar os direitos fundamentais; segundo afirma Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>324</sup>.

Nesse aspecto, Gabriel Dias Marques da Cruz<sup>325</sup> verifica uma distribuição de funções típicas e atípicas dentre os Poderes, enquadrando-se na primeira, as de exercício preponderante e específico de cada um; e, nas atípicas, aquelas que decorram de uma atuação acessória. Assim, o exercício da função administrativa incumbiria tipicamente ao Executivo; da função normativa, ao Legislativo; e, por fim, a da jurisdicional, ao Judiciário. Porém, no âmbito da criação de regras e princípios de modo geral e abstrato, estaria localizada a mais intensa controvérsia da atualidade acerca do papel de cada um dos Poderes, em especial quanto à intensidade do exercício da função normativa exercida atipicamente pelos poderes Executivo e Judiciário. No caso do Executivo, sua atividade normativa atípica ocorre, por exemplo, através das medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos de execução. De modo que, se é assegurado o exercício da função normativa atípica ao Executivo, o mesmo deveria ocorrer para o Judiciário, sendo o grande problema da atualidade, a omissão do Poder Legislativo no desempenho de sua função normativa atípica, permitindo o conseqüente crescimento da atuação dos demais

---

<sup>324</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 143/144.

<sup>325</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101/104.

Poderes nessa função, no caso específico do Judiciário, pelo que a doutrina denominou de “ativismo judicial”.

Para Daniel Giotti de Paula<sup>326</sup>, a crise de representação que mitiga a clássica separação de poderes teve como uma das causas principais essa incapacidade da classe política em cumprir com as promessas dos Estados de bem-estar social, restando à população tentar atingir suas expectativas junto ao Judiciário, recurso que se deu num contexto de enfraquecimento do Legislativo e agigantamento do Executivo.

Fabiana Okchstein Kelbert<sup>327</sup> entende que não há como vedar ao Judiciário a atuação com fins de correção da má atuação dos outros poderes. Para ela, a atuação do Judiciário, que acaba, muitas das vezes, substituindo-se à implementação inexistente ou mesmo deficiente de políticas públicas, pode conter um traço político, mas não significa uma usurpação de competências, mas fator de correção, pois a vinculação aos direitos fundamentais estende-se a todos os poderes estatais.

Longe de violar o princípio da separação de poderes, para Eduardo Moreira Ribeiro<sup>328</sup>, as decisões judiciais sobre políticas públicas são vitais para a democracia. A invasão da Constituição, inclusive nas relações políticas, possibilitou a judicialização da política, ou seja, o controle judicial das políticas públicas como concretização de uma nova teoria constitucional, que permite combater a improbidade, a corrupção e o descumprimento da Constituição.

Também adepto da tese de que a separação de poderes não é a mesma da época de Montesquieu, Dircêo Torrecillas Ramos<sup>329</sup> ressalta que, onde muitos chamam de invasão de poderes, ele prefere chamar de “permissões constitucionais” para um poder exercer a função que seria de outro; só se podendo falar em invasão se houver um extrapolamento desses limites constitucionais.

---

<sup>326</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 274.

<sup>327</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61/64.

<sup>328</sup> RIBEIRO, Eduardo Moreira. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 07. São Paulo: Método, 2008, p. 129/147.

<sup>329</sup> RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da política – A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O Acesso à justiça. A municipalização da Justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)**. Ano 08. Nº 33. São Paulo: RT, 2000, p. 68/78.

Para Saulo Versiani Penna<sup>330</sup>, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) significa justamente a “possibilidade de fiscalização entre poderes e a atribuição de funções recíprocas e subsidiárias de uns aos outros”, como a “previsão de o Poder Legislativo atuar como órgão julgador, ou de o Executivo como órgão legislativo”; mas tudo exercitável “dentro do quadrante constitucional traçado”.

A concepção contemporânea de separação de poderes, segundo Andréa Elias da Costa<sup>331</sup>, implica “confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, havendo a possibilidade de intervenção de um Poder na esfera de atuação de outro”. O reconhecimento de algumas funções preponderantes de cada um desses órgãos tem como consequência a possibilidade de interferência de um órgão em outro, exclusivamente com o fito de manutenção do sistema, jamais para se imiscuir na atividade do órgão alheio de forma a permitir o seu desprestígio.

João Agnaldo Donizeti Gandini *et al*<sup>332</sup> observam que a implementação de políticas públicas pelo Judiciário não fere a separação de poderes, na medida em que é desempenhada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos de subsistência (saúde, moradia, alimentação, educação). Além disso, ressaltam que o Judiciário não cria políticas públicas, apenas implementa as já existentes.

Em igual sentido, João Luiz M. Esteves<sup>333</sup> observa que o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para inibir a atuação do Judiciário na tarefa que lhe incumbe, mormente quando, na posição de garantidor da Constituição, busca proteger a dignidade da pessoa humana em seu aspecto máximo. Em sendo regra meio, continua o autor, nunca se poderá dar à separação de poderes um caráter absoluto, mas subsumi-la aos objetivos e fundamentos da República, em especial à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>330</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32/33.

<sup>331</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51/52.

<sup>332</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259.

<sup>333</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 80/81.

Ao esclarecer que a concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais, pelo Judiciário não viola o princípio da separação de poderes, dado que a conveniência e oportunidade administrativas não serão substituídas pela judicial; Eduardo Cambi<sup>334</sup> observa que o controle judicial dos atos do Poder Público presta-se a combater a corrupção e a promover uma maior moralização da gestão pública.

É possível, como sustenta Saulo Versiani Penna<sup>335</sup>, que, diante da sistemática dos freios e contrapesos (*checks and balances*), cada órgão exerça o controle sobre os atos dos demais, de modo a evitar a ocorrência de abusos e arbitrariedades no exercício de cada uma das funções estatais. Contudo, essa ideia do controle judicial dos atos da Administração nunca foi aceita pacificamente na história da cultura jurídica, não sendo diferente nos dias de hoje. Foi lenta e gradual essa transição, desde a concepção pela impossibilidade de controle, que teve seu ápice durante o Absolutismo, época do arbítrio e do exercício da vontade do monarca; passando pela época do Estado Liberal, quando a legalidade estabeleceu uma pauta de limites para os governantes; até a concepção pela possibilidade de controle judicial dos atos e omissões estatais e a discussão atual quanto aos limites dessa intervenção.

O princípio da legalidade do Estado pós-Revolução Francesa, na medida em que, num primeiro momento, serviu de limites ao soberano, submetendo-o a agir nos exatos termos e limites legais, transformou-se, posteriormente, numa espécie de blindagem, imunizando os atos estatais discricionários de qualquer controle judicial. No mesmo sentido, a ideologia da separação de poderes, que, em seus moldes iniciais, preconizava a compartimentalização, de maneira estanque, entre as competências e funções de cada um dos Poderes para que uma não usurpasse as

---

<sup>334</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 243/245. Acrescenta o autor que “se não é correto afirmar que o juiz não deve impor ao administrador público o que considera ser a aplicação mais oportuna ou conveniente do dinheiro público, mais perverso ainda é manter situações de flagrante descumprimento dos direitos fundamentais (v. g., a superlotação dos presídios, em manifesta desconsideração da dignidade da pessoa humana; a não aplicação de recursos mínimos em saúde e educação, retirando da imensa população condições básicas de sobrevivência; o não repasse de verbas orçamentárias para a manutenção das rodovias precárias, gerando elevadíssimos índices de mortalidade etc). Segundo o autor, confiar unicamente a concretização do interesse público aos administradores eleitos para isso é “fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público”. E conclui que, quando o Poder Judiciário, ao efetivar direitos fundamentais (especialmente os sociais), não está violando o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si (art. 2º, da CF/1988), posto que apenas verificará se o ato administrativo está correto.

<sup>335</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 181/186, 195.

dos demais, permitia que se controlasse judicialmente apenas os atos administrativos vinculados, aqueles cuja lei estabelecia precisamente os limites, restando insuscetíveis de revisão os discricionários, pertencentes à exclusiva vontade do Administrador (conveniência e oportunidade); sendo corriqueiro afirmar-se que o magistrado não poderia ingressar no “mérito administrativo”.

Somente sob a perspectiva da normatividade das regras e princípios constitucionais e a submissão de todo o ordenamento jurídico à Constituição, em lugar da submissão estrita à lei; impôs-se uma nova compreensão do conceito de discricionariedade e, conseqüentemente, ampliando-se a possibilidade de seu controle judicial; de modo que o dito “mérito administrativo” não se opõe à possibilidade de controle judicial, mormente quando houver afronta direta à Constituição ou aos princípios nela contidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, já que não se concebe a presença de discricionariedade administrativa na omissão de cumprimento da Constituição, o que determina a possibilidade de atuação Judiciária como uma decorrência do princípio da inafastabilidade do controle (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Com base nessa linha de ideias, é lícito concluir pela possibilidade de o Judiciário, na condição de guardião da Constituição, não cometer qualquer violação ao princípio da separação dos poderes ao velar pela aplicação das normas constitucionais em sua inteireza, concretizando direitos fundamentais e protegendo a dignidade da pessoa humana; sendo, em última análise, seu legítimo dever constitucional. Todavia, além da violação ao princípio da separação de poderes, ainda vem sendo apresentado um outro argumento contrário à interferência judicial à concretização de prestações estatais materiais, alusivo ao critério da legitimidade do Judiciário para a prática de tais atos.

Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>336</sup> aponta o abandono da verificação da “legalidade” nos atos do governo ou do juiz, que era típica do Estado de Direito clássico, em prol da aferição da “legitimidade” desses atos, no âmbito do Estado Constitucional de Direito. Isso nos indica que não basta a demonstração de que a interferência judicial em temas tradicionalmente tidos como de âmbito político, a exemplo do direito social à saúde, não viola o princípio da separação de poderes, diante de sua leitura contemporânea. O rumo a tomar deve passar,

---

<sup>336</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 144.

obrigatoriamente, pela sustentação da legitimidade dessa interferência judicial no quadro do Estado Constitucional de Direito, sendo importante saber se os atos judiciais são praticados de forma “legítima”, e não apenas de forma meramente “legal”.

Embora reconheça que o juiz constitucional operou uma verdadeira mudança de cenário jurídico nos diversos Estados que a adotam, André Ramos Tavares<sup>337</sup> também observa que essa instituição e sua atuação têm sido constantemente questionadas sob o prisma da legitimidade. Algumas decisões da justiça constitucional têm gerado insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional entre os Poderes. Desde que Marshall avocou para a Suprema Corte dos Estados Unidos a responsabilidade pela supremacia da Constituição, em 1803, o Judiciário tem enfrentado acusações de usurpação de um espaço não imaginado pela Constituição de 1787; discurso que vem sendo reproduzido em diversos Estados. O desenvolvimento da justiça constitucional permitiu o surgimento de um modelo no qual os juízes constitucionais passaram a desempenhar um protagonismo visto por alguns como “constrangedor”. Nesse sentido, a discussão sobre a legitimidade da Justiça Constitucional questiona a extensão de sua atividade e a (falta de) legitimidade de suas intervenções.

Segundo André Ramos Tavares<sup>338</sup>, as contemporâneas teorias (materiais) da Constituição (e, com ela, a teoria da Justiça Constitucional) têm sido acusadas de deslocar a Constituição de seu centro natural de gravidade (o eixo político) para uma insuportável e não democrática judicialização das decisões (estruturais, institucionais e sociais) mais relevantes. A ameaça é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o político. Esse pensamento pressupõe uma separação entre a política e o jurídico, tese que é comumente conjugada com posturas que assumem o Judiciário com baixa estatura democrática; o que pode ser combatido mediante uma teoria compatível com o espaço próprio do Parlamento na tomada de decisões (supostamente políticas). Esta concepção envolve um certo idealismo democrático, atacando posturas mais recentes de um *judicial review* ou de um Tribunal

---

<sup>337</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59/61.

<sup>338</sup> *Ibidem*.

Constitucional como posturas equivocadamente ativistas; o que se faz, contudo, sem maiores esclarecimentos acerca de qual concepção democrática se está a defender.

De fato, o Constitucionalismo Contemporâneo testemunha um certo agigantamento do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente no que concerne à crescente interferência de decisões judiciais em campos institucionais tradicionalmente ligados à esfera política, como é o caso das prestações materiais concretizadoras de direitos econômicos, sociais e culturais.

Pode-se afirmar que o Estado Social conciliou, de forma duradoura e estável, Sociedade e Estado, superando a premissa da democracia representativa e afirmando que a judicialização das questões é instrumento do exercício democrático, o qual não se restringe ao exercício da capacidade eleitoral ativa, assim sendo superada a exclusividade das eleições como instrumento de participação. As novas bases para a legitimação democrática do Judiciário não partem da premissa da representatividade. O binômio democracia participativa – exercício dos direitos fundamentais substitui a antiga matriz democracia representativa – eleições, sendo a judicialização das questões políticas uma das formas de exercício democrático e de participação; nos dizeres de Anabelle Macedo Silva<sup>339</sup>.

A vinculação da legitimidade democrática à representatividade vem sendo progressivamente desgastada em razão de alguns fatores, tais como: a transformação do papel do Estado na atualidade, de maior participação na vida social, protegendo e promovendo direitos; a maior velocidade e complexidade das relações sociais, tornando a via eleitoral insuficiente para satisfazer as aspirações da comunidade; o agravamento da exclusão social e desigualdade econômica, levando a representatividade a se transformar apenas num instrumento de legitimação teórico, sem qualquer sustentação na atualidade<sup>340</sup>.

Eduardo Cambi<sup>341</sup> afirma que, diferentemente da concepção liberal-tradicional, a lei não mais traduz a vontade geral, corporificada na representação parlamentar, mas sim a vontade da maioria (partido ou coligação majoritária), dos grupos de pressões (empresários, religiosos, servidores, etc) e de mecanismos de

---

<sup>339</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109.

<sup>340</sup> SILVA, *ibidem*, p. 114/115.

<sup>341</sup> CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 183/187.

votação ilegítimos (lideranças, por exemplo); sendo, dessa forma, “contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante”.

Não sendo mais apta a promover a igualdade de todos os sujeitos de direitos, prossegue Eduardo Cambi<sup>342</sup>, a lei entrou em crise, e com ela, a sua representação (crise da democracia representativa), em razão das falhas no processo eleitoral, das críticas ao sistema majoritário e proporcional, da ausência de fidelidade partidária, do voto obrigatório, da corrupção e da impunidade dos governantes; levando ao desinteresse da população pela política e ao consequente descrédito das instituições. Mesmo assim, não se aconselha a supressão da democracia representativa, mas seu aperfeiçoamento pela conjugação com outros mecanismos de democracia participativa.

Apesar disso, ainda há quem entenda que o Judiciário deva manter a restrição de sua função à mera solução de litígios, apelando-se ao argumento retórico e tachando genericamente de ativistas decisões judiciais criadoras de direito num contexto de grave crise de representatividade majoritária; a exemplo de Elival da Silva Ramos<sup>343</sup>.

Assim, se é questionada a legitimidade do Judiciário para interferir em determinados campos políticos, tachando essas decisões de ativistas, conforme sejam os interesses afetados, e essa suposta legitimidade se apoiaria num acúmulo maior de funções assumidas por aquele Poder; é preciso, portanto, investigar a origem e a legitimidade desse agigantamento de funções para além da histórica assunção da guarda da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Tal investigação tem como objetivo esclarecer se há ou não qualquer mácula de legitimidade na decisão judicial que, por exemplo, determina ao Administrador o cumprimento de políticas públicas ou a entrega de determinada prestação material, como no caso de medicamentos a indivíduos economicamente necessitados.

Segundo Daniel Giotti de Paula<sup>344</sup>, a maioria dos países tem assistido à invasão do Judiciário na arena política e ao declínio da dignidade que se dava ao Parlamento. As causas desse fenômeno são a crise da representação parlamentar e

---

<sup>342</sup> *Ibidem*.

<sup>343</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>344</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 274, 301/302.

a percepção da justiça como um canal aberto para os perdedores no debate político-partidário.

Para ele, o recurso cada vez mais crescente aos canais judiciais pode ser explicado por duas causas. A primeira delas estaria ligada ao próprio enfraquecimento do Legislativo, ocasionada pela queda do Estado Legislativo. Neste raciocínio, em se perdendo o referencial da lei como fonte primordial do Direito, perderia poder quem detivesse o monopólio de sua produção. A preocupação da classe política que restou vencedora das revoluções liberais era a de impor um regime jurídico-político que garantisse certeza, e essa certeza revelava-se através do monopólio ou pelo menos a predominância das casas legislativas em criar “direito novo”; cabendo aos administradores e julgados apenas aplicar aquele direito novo previamente criado. E esse modelo ideal, fundamentado no paradigma da legalidade (Estado Legislativo), fenece diante da realidade. De fato, a hipertrofia legislativa demonstrou-se posteriormente incapaz de lidar com problemas técnicos de uma sociedade complexa e dinâmica. Leis de baixa tecnicidade, contendo conceitos abertos, indeterminados e dotadas de uma linguagem obscura, abriram espaço para a discricionariedade de juízes e administradores.

A segunda causa apontada por Daniel Giotti de Paula<sup>345</sup> para o crescimento do recurso aos canais judiciais, estaria na conseqüente migração do Estado de Direito Legislativo para o Estado de Direito Constitucional. Assunção do papel normativo (e não o de mera exortação) da Constituição, aliado ao controle do conteúdo constitucional, conferido aos órgãos jurisdicionais, tendo o Judiciário a palavra final sobre a legitimidade dos atos políticos, transformaria aquele Poder na “última trincheira” para que as minorias vissem seus interesses alcançados.

A legitimidade do Judiciário, portanto, estaria assegurada de forma diferente da legitimidade do Legislativo. Enquanto o parlamento ostenta sua legitimidade na origem, na eleição pela sociedade, os juízes têm-na adquirida pelo modo com que exercem a jurisdição, pelo controle de seu comportamento, como indica Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>346</sup>, para quem a admissão do controle de políticas públicas pelo Judiciário repousa na sua legitimidade para controlar atos que possam violar direitos fundamentais sociais à prestação, que decorre de sua natural função de zelar pelo

---

<sup>345</sup> *Ibidem*.

<sup>346</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Judicial das Políticas Públicas. *In*: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 27.

cumprimento da Constituição e das Leis, sobretudo aquelas ligadas à concretização de direitos fundamentais<sup>347</sup>.

Nesse contexto, como defende Anabelle Macedo Silva<sup>348</sup>, a legitimação das “audácias ativistas” tem seu fundamento na democracia participativa, tendo na judicialização das questões políticas em prol da defesa dos direitos fundamentais autêntico exercício democrático; superando-se, conseqüentemente, a premissa da representatividade (capacidade eleitoral ativa) como base democrática. O povo não é apenas a fonte viva da legitimidade democrática através das eleições, mas também o é quando utiliza as demais vias de participação na vontade estatal, a exemplo, a demanda judicial de concretização de direitos fundamentais.

É possível verificar pelo embasamento teórico referido que a aparente causa do crescimento desproporcional do exercício da função normativa atípica pelo Judiciário, denominado de “ativismo”, seria uma decorrência direta das omissões, negligências ou mesmo ineficácia no desempenho da função normativa típica do Legislativo diante de questões complexas, denominada de “crise de representação parlamentar”.

Como exemplos, Souza, Santos e Ueta<sup>349</sup> afirmam que o conhecimento cada vez mais crescente dos cidadãos sobre seus direitos, aliado à facilidade de acesso ao Judiciário, vem levando as pessoas cada vez mais a buscarem amparo no Judiciário para prover suas necessidades por produtos e serviços não ofertados pelo sistema público de saúde. Enquanto que o Executivo e o Legislativo tardam em dar respostas efetivas às demandas sociais, cresce o número de ações judiciais, recolocando em pauta o debate acerca do direito.

Para Altacílio Aparecido Nunes<sup>350</sup>, a crescente chegada de demandas ao Poder Judiciário nada mais é do que a constatação crua e simples de imperfeições e

---

<sup>347</sup> Neste sentido, igualmente em CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 197.

<sup>348</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109 e 119.

<sup>349</sup> SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163.

<sup>350</sup> NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

falhas no processo decisório no âmbito do sistema de saúde, em todos os seus níveis (municipal, estadual e federal).

Leonardo Martins<sup>351</sup>, ao analisar o fenômeno da constitucionalização e a mudança na relação entre os órgãos da jurisdição constitucional e o legislador, conclui que o Judiciário acaba por retirar indevidamente a competência política por excelência quando avalia a suficiência das medidas adotadas pelo legislador para o alcance de seus propósitos, principalmente quando esses representam a proteção de bens jurídicos-constitucionais. O fenômeno da judicialização da política amarra e impede o seu desenvolvimento, impedindo também o cumprimento de seu papel constitucional. O desenvolvimento desenfreado da constitucionalização “provocaria o aborto do processo de maturação do legislador brasileiro”, este que não deve abdicar de sua responsabilidade política, tendo coragem para a tomada de decisões que não agradem a todos; tarefa na qual não pode nem deve ser substituído pelo Judiciário<sup>352</sup>.

Prossegue Leonardo Martins<sup>353</sup>, afirmando que a teoria da distinção entre regras e princípios pode ser muito bem aplicada em países de tradição jurídica anglo-saxã, nos quais a argumentação racional-jurídica tem status de fonte de direito e onde os princípios da separação dos poderes e democrático têm leitura bastante diversa dos de tradição continental europeia, a qual se filia o Brasil. Porém, em nossa realidade, essa teoria, recepcionada acriticamente, não “considera os riscos do fenômeno do ativismo judicial em detrimento do amadurecimento político e democrático”. Em sua percepção, a aproximação do Direito e da Política, propiciado pelo fenômeno da constitucionalização, permitiu que, pouco a pouco, o Judiciário invadisse, indevidamente, e subtraísse, ilegitimamente, o campo de atuação do

---

<sup>351</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85/88.

<sup>352</sup> As consequências desse fenômeno também são debatidas por BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 275/276; ao ponderar que é compreensivelmente difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político. Mas o problema está em imaginar poder buscar toda e qualquer prestação de saúde através do Judiciário, criando-se um ciclo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais ou mesmo pelo argumento de que não há recursos para fazê-lo, em vista do que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais. O certo é que ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamentar-se em uma decisão política pública, o Judiciário também não estará contribuindo para a generalização da saúde básica.

<sup>353</sup> *Idem, ibidem*.

Legislativo, com consequências nefastas para a democracia e o desenvolvimento político.

Entretanto, André Ramos Tavares<sup>354</sup> enxerga como causa do fenômeno de agigantamento do Judiciário na história recente brasileira, não apenas as omissões do legislador em espaços que foram pouco a pouco sendo preenchidos pelo julgador (indevidamente ou não), mas sim aponta ações positivas do Legislativo, voltadas a delegar essas novas atribuições ao Judiciário, assim fazendo com que aquele Poder se visse obrigado a munir-se de procedimentos próprios para decidir certas questões judiciais socialmente sensíveis que lhe foram sendo apresentadas.

Nos últimos dez anos, registra André Ramos Tavares<sup>355</sup>, o Congresso Nacional aprovou uma série de leis que aceitaram e ampliaram os poderes do Supremo Tribunal Federal – STF, atuando, portanto, como “legislador-confiante no Judiciário”<sup>356</sup>, sendo curioso nesses casos que tais normas se deram num contexto no qual o STF estaria por “fazer as vezes” de legislador, permitindo uma leitura de aparente conduta usurpadora de funções por parte do Judiciário; não sendo difícil lembrar de decisões do STF e do Judiciário em temas de grande dissenso social, que deveriam ter sido “equacionados pelo legislador”, mas haviam sido “abandonados pelo Parlamento”, revelando indireta delegação pelo órgão legislativo ao Judiciário, livrando os representantes eleitos de “decisões que poderiam gerar consequências negativas para esses mesmos, inviabilizando-os nas urnas”<sup>357</sup>.

Tais observações são pertinentes, na medida em que despojam do caráter de ilegitimidade as decisões judiciais alusivas a espaços políticos que deveriam ser ocupados pelos demais Poderes, principalmente o Legislativo. Não apenas o Legislativo ausentou-se do debate e atração da responsabilidade sobre determinadas questões de relevância social, mas também delegou ao Judiciário o comprometimento sobre tais temas, desenhando um arranjo institucional que

---

<sup>354</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23/25.

<sup>355</sup> *Ibidem*.

<sup>356</sup> Emenda Constitucional nº 3/93, que cria o efeito vinculante da ADCT; Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que criaram efeito vinculante para ações que não contavam com essa previsão expressa; Emenda Constitucional nº 45/04, que criou a Súmula Vinculante; Lei nº 11.417/06, que regulamenta a Súmula Vinculante, concedendo a possibilidade inovadora de atuação de ofício pelo STF.

<sup>357</sup> O autor cita: fidelidade partidária, verticalização das eleições, pesquisa com células-tronco, definição de início e fim da vida para fins de aborto, demarcação de terras indígenas, além da determinação para que o Poder Público ofereça determinados e específicos serviços de saúde (obesidade mórbida, infertilidade feminina), além de saúde, educação e tutela do meio ambiente. Adicionamos, também, as uniões homoafetivas, o uso de algemas, a impossibilidade de prisão por dívida em casos de alienação fiduciária, a exigência de diploma para jornalistas.

permite uma ampliação na participação do STF na vontade política do país através da diversidade do modelo de controle da constitucionalidade, sendo impossível àquela Corte eximir-se de pronunciar-se sobre as questões que lhe são postas à decisão.

De fato, ao analisar a recepção acrítica da teoria da distinção estrutural das regras e princípios pela literatura jurídica brasileira como permissiva do ativismo judicial, não se pode esquecer que o contexto nacional, no que concerne à dinâmica entre os três Poderes, é diverso dos países europeus, de tradição jurídica anglo-saxã, os quais, muitos deles, já atingiram um patamar quase ideal de realização de condições básicas de vida com dignidade<sup>358</sup>.

No Brasil, um país em desenvolvimento e ainda carente de condições básicas de vida em diversos aspectos, a omissão da Administração Pública em prover direitos fundamentais sociais, como a saúde, por exemplo, afeta diretamente a dignidade da pessoa humana, no tocante ao oferecimento do mínimo existencial, põe em risco a própria vida do indivíduo e, tomada numa escala maior, representa um problema de saúde pública, cujo interesse pertence a toda a sociedade<sup>359</sup>.

A gravidade da situação brasileira reclama soluções emergenciais, reparo imediato, pronta intervenção, que, muitas das vezes, é obtida através de liminares judiciais urgentes; posto que a vida humana não permite esperar os delongados trâmites de um processo ideal de ajuste entre os Poderes.

Acreditamos que, na realidade brasileira, muito mais do que observar ritos ideais e a reforma política, pertencentes ao âmbito da (desinteressada) vontade política, a verdadeira observância da Constituição resida, por exemplo, na efetiva defesa da vida e da saúde do indivíduo carente, que precisa urgentemente de medicamentos (leitos, cirurgias, transplantes, dentre outros) e os obtém pelo Judiciário.

---

<sup>358</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 85/86, argumenta que os problemas enfrentados por Brasil e Europa, no que toca à efetivação de direitos fundamentais sociais, são diferentes, o que impede a transposição do debate em torno da legitimidade do Judiciário. Onde as condições materiais estejam mais claramente desenvolvidas, a busca pelo Judiciário é diferente para lugares onde o Executivo e Legislativo se mostram incapazes ou inoperantes para resolvê-las.

<sup>359</sup> SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48, refere que nos países do Terceiro Mundo “o projeto da Modernidade ainda não chegou minimamente a todas as camadas da comunidade, havendo lesões ainda muito graves às primeiras dimensões dos direitos fundamentais, não tendo sido os beneficiários do Estado Social experimentados pelas massas dos credores necessitados das políticas públicas intervencionistas, de promoção da igualdade e de redistribuição mínima dos produtos da vida em sociedade”.

O chamado “ativismo” decerto se presta a resolver imediatamente problemas concretos e pontuais, conforme seja o progressismo ou não do juiz ou tribunal envolvido; contudo, reconhecemos, não resolve o problema mediatamente, na medida em que a atuação judicial deve ocorrer subsidiariamente à repetida omissão ou ineficácia dos demais Poderes.

Secundando Eduardo Cambi<sup>360</sup>, reconhecemos que, por mais que exista uma teorização dos limites e possibilidades do protagonismo do Judiciário, isso não resolveria a “crise jurídica” instalada principalmente no Poder Legislativo, nem supre a necessidade de reformas políticas. Entretanto, percebemos que os Poderes detentores de competência constitucional supostamente subtraída por uma conduta questionável do Judiciário, estão confortáveis com as soluções encontradas até então, parecendo ser os menos incomodados com a colocação da população à mercê do ativismo judicial, exceto quando em pauta direitos sociais e condenações do Poder Público à prestação material, a exemplo da entrega de medicamentos.

Esse pensamento pode ser corroborado pela constatação de que, depois de tanto tempo de “agigantamento” do Judiciário no cenário nacional, não houve, por exemplo, mudança de postura política sensível do Legislativo quanto à questão orçamentária para direitos sociais; não houve prestação normativa voltada à fiscalização mais eficiente dos recursos públicos e punição de responsáveis por má-gestão de políticas públicas; as decisões sobre temas sociais relevantes, inclusive de interesse exclusivo do próprio Congresso, ainda estão sendo delegadas ao Judiciário; o Poder político ainda não avocou para si a responsabilidade pelos destinos da nação e continua permitindo que (quando não, remetendo) questões importantes para a decisão do Poder Judiciário.

No caso específico do caos instalado no Sistema Único de Saúde brasileiro, José Lima Santana<sup>361</sup> observa que, basta uma reportagem televisiva mais forte, mostrando pessoas morrendo nas portas dos hospitais por falta de médicos, medicamentos ou leitos, para que a sociedade “entre em polvorosa”; nesses casos, basta uma decisão judicial ou termo de ajustamento de conduta, celebrado junto ao Ministério Público, para que as soluções apareçam. Donde questiona: “por que as

---

<sup>360</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 248.

<sup>361</sup> SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS) *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 56.

soluções não são tomadas antes?”, “por que é preciso despertar o clamor público ou certas intervenções judiciais?”; e responde: “falta de planejamento, desleixo administrativo, enfim, ineficiência”.

João Luiz M. Esteves<sup>362</sup> ressalta que, na história brasileira, há uma clara submissão do Legislativo ao Executivo, apontando que as maiorias favoráveis aos projetos do Executivo dependem de negociações que envolvem desde o preenchimento de cargos em comissão até a liberação de verbas orçamentárias de interesse dos parlamentares. Tudo isso se dá em troca da submissão aos programas e políticas governamentais traçadas pelo Executivo. Segundo o autor, mostra-se vulnerável qualquer argumentação tendente a defender a existência de uma separação de poderes que confira legitimidade absoluta ao Parlamento na conformação discricionária de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Logo, se o sistema construído dogmaticamente não funciona e não se opera de um lado, também não se pode exigir que o dogma permaneça como discurso para a manutenção de outro. Nessas condições conclui somente com um Judiciário ativo e comprometido com sua tarefa de guardião da Constituição se pode conferir efetividade à tarefa constitucional.

Assim, se há risco de “aborto do processo de maturação do legislador brasileiro” e para o “amadurecimento político e democrático”, como apontou Leonardo Martins<sup>363</sup>, tal fenômeno não está sendo causado pelo Judiciário. A judicialização da política e uma postura mais ativista dos julgadores, na experiência brasileira, especialmente no direito à saúde, tem se mostrado, na pior das hipóteses, um “mal necessário” a reparar a indolência perniciosa dos demais Poderes, pois, num contexto democrático ideal, o mero controle judicial voltado a sanar prontamente ato ou omissão administrativa bastaria para corrigir a violação constitucional, determinando a medida de competência exclusiva daqueles outros Poderes, não sendo necessária a supressão da vontade administrativa pela cominação judicial.

Ao que pudemos verificar, o inconformismo com o chamado ativismo judicial limita-se ao âmbito doutrinário e teórico, tendo no oferecimento de prestações materiais concretizadoras de direitos sociais, como, no caso, o fornecimento de

---

<sup>362</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 85

<sup>363</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

medicamentos a pessoas economicamente carentes, seu principal alvo, revelando os interesses ideológicos velados pelo discurso de bloqueio à concretização do direito à igualdade; que, de todo modo, alude ao componente financeiro e às capacidades econômicas do ente público, enfeixadas sob o argumento da Teoria da Reserva do Possível.

Nesse aspecto, a Teoria da Reserva do Possível merece deve ser incluída no presente debate, na medida em que, na atualidade, a justificativa genérica da escassez de recursos públicos, principalmente os destinados à realização material de direitos prestacionais de cunho social, vem sendo levantada como principal argumento para justificar e ocultar o desinteresse do Administrador na gestão eficiente dos recursos públicos voltados ao atendimento das prioridades constitucionais mais essencialmente ligadas à dignidade da pessoa humana de parcela economicamente carente da população; justificativa genérica que se alinha perfeitamente aos interesses ideológicos contrários à interferência judicial em políticas públicas.

Eduardo Cambi<sup>364</sup>, tratando dos custos da realização dos direitos, alerta que o protagonismo do Judiciário, em defesa dos valores consagrados na Constituição, é somente parte de uma complexa questão de proteção. Ao lado dela encontra-se, também, uma questão prática: a possibilidade de o direito ser concretizado em razão dos custos que gera ao Poder Público e a toda a sociedade.

Leciona Eduardo Cambi<sup>365</sup> que, no início da década de setenta, do século XX, dois juspublicistas alemães atentaram para o problema incontrolável de que os direitos sociais custam muito dinheiro. Para Peter Haberle, a reserva de caixas financeiras explicava a razão de os direitos econômicos, sociais e culturais estarem sob reserva das capacidades financeiras do Estado; e, para W. Martens, os direitos públicos subjetivos somente são passíveis de serem garantidos no âmbito do possível e do adequado.

Como refere Alinie da Matta Moreira<sup>366</sup>, e Paulo Gilberto Cogo Leivas<sup>367</sup> a reserva do possível ganhou destaque a partir do paradigmático *leading case*

---

<sup>364</sup> CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 382.

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 52.

<sup>367</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129.

“*numerus clausus* das vagas em universidades”, no Julgado do BVerfGE nº 33, 303, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 18 de julho de 1972, no julgamento de dois controles concretos de constitucionalidade apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, ambos relacionados à regulamentação para a admissão de estudantes no curso de medicina, editadas pelas universidades locais, nos anos de 1969 e 1970. Estava sob exame a constitucionalidade da limitação absoluta imposta pelas normas editadas pelas respectivas universidades, que, sob o argumento da insuficiente capacidade de ensino, restringiam a admissão de estudantes, como condição necessária para sua manutenção.

Relata Fernando Facury Scalf<sup>368</sup> que a Universidade da Bavária, ponto central da discussão, estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento se fosse estritamente necessário ao funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos *campi* daquela Universidade.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que a imposição de limitações absolutas para o ingresso de estudantes nas universidades alemãs somente seria constitucional, segundo o estágio da experiência social, quando for prescrita nos limites do estritamente necessário, sob utilização exaustiva dos recursos públicos já existentes, e conforme critérios racionais, com maior atendimento possível à escolha individual do local de formação. Como consequência desse raciocínio, algumas prestações estatais ficariam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, havendo prestações que ficam restritas a uma reserva do possível<sup>369</sup>; ou seja, entendeu o Tribunal que os direitos sociais de participação em benefícios estatais encontram-se sob a reserva do possível<sup>370</sup>.

Com fundamento na concepção original da jurisprudência alemã, passou-se a difundir no Brasil que os direitos sociais a prestações materiais estariam “sob reserva” das capacidades financeiras do Estado, “se” e “na medida” em que

---

<sup>368</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 151.

<sup>369</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 70.

<sup>370</sup> MOREIRA, *ibidem*, p. 54.

consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos, passando a representar uma restrição ou limite fático aos direitos sociais prestacionais<sup>371</sup>.

Numa perspectiva primordial, os direitos a prestações materiais dependeriam de efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado – disponibilidade esta que repousaria no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Além disso, secundariamente, dependeriam daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade<sup>372</sup>, e, na satisfação das pretensões deduzidas pelo particular, sem que se verifique o comprometimento do interesse coletivo<sup>373</sup>.

Como se pode constatar, a “reserva do possível”, construída pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão, não comporta apenas uma dimensão meramente econômica, como se passou a enfatizar, erroneamente, a partir da “importação” desordenada daquela teoria para terras brasileiras.

A reserva do possível, originariamente, também contém um mandamento de proporcionalidade e razoabilidade primordial, no sentido de que a concessão ou a previsão de uma prestação onerosa não pode se dar apenas do ponto de vista individual, sem considerar o todo; pois prestações subjetivas ilimitadas às custas da coletividade são incompatíveis com a ideia de um Estado Social, conforme sintetiza Fabiana Okchstein Kelbert<sup>374</sup>.

Segundo George Marmelstein<sup>375</sup>, o ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição, mas não há; sendo nesse contexto que se insere a cláusula da reserva do possível, tão mal interpretada pelos que são contrários ao ativismo judicial em matéria de direitos sociais.

Para se perceber como são díspares a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, daquela que é aplicada no Brasil, Dimitri Dimoulis e Leonardo

---

<sup>371</sup> Conceção que, podemos inferir, foi corroborada desde a cisão dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em dois diplomas distintos (PIDCP e PIDESC), ao final dos anos 60, do séc. XX, cujos direitos ali previstos se consubstanciavam em obrigações estatais exigíveis de plano (auto-executáveis) ou apenas programas, ideais, propostas, cuja concretização dependeria de deliberação política posterior (programáticas).

<sup>372</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

<sup>373</sup> MOREIRA, *ibidem*, p. 84.

<sup>374</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

<sup>375</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 320.

Martins<sup>376</sup> sintetizam que a decisão *numerus clausus* tratava de uma redução de posição jurídica individual provocada por mudança legislativa, e não de problemas de direitos sociais.

No mesmo sentido, Fabiana Okchstein Kelbert<sup>377</sup>, refere que a expressão “reserva do possível” foi apropriada pela doutrina e jurisprudência brasileiras pela via de tradução literal de “*Vorbehalt des Möglichen*” ignorando as circunstâncias em que o termo foi utilizado e, por principal, que, quando se equipara a reserva do possível à dimensão econômica dos direitos sociais, estaria correto apenas em parte, pois o seu sentido verdadeiro abrange outras dimensões. De fato, violaria a reserva do possível a pretensão que, uma vez satisfeita, gerasse um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando até mesmo a igualdade, ao prejudicar a realização de outras necessidades, devendo ser feita uma ponderação entre os interesses contrapostos, não sendo exigível que o Estado preste o impossível. Kelbert<sup>378</sup> também adverte que a teoria da reserva do possível, no Constitucionalismo alemão, deriva de expressa previsão do art. 109, §2º, da Lei Fundamental<sup>379</sup>, o que não ocorre na Constituição brasileira de 1988, sendo, por isso, duvidoso que se possa compreender a “reserva” no Direito brasileiro nos mesmos termos em que foi desenvolvida na doutrina e jurisprudência alemãs.

Alinie da Matta Moreira<sup>380</sup> compartilha as preocupações de parte da doutrina nacional com a mera “importação” da tese da reserva do possível, do direito alemão para o brasileiro, sem a devida preocupação com seu sentido originário e com a melhor forma de aplicá-lo à realidade local, sobrelevando a verificação de disponibilidade dos recursos públicos para a implementação dos direitos vindicados, deixando em segundo plano a preocupação inicial com a proporcionalidade e razoabilidade; concluindo que a escassez de recursos é o núcleo central da definição da reserva do possível, mas ela não pode ser desarticulada da proporcionalidade e razoabilidade quando de sua aplicação ao caso concreto.

---

<sup>376</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 93.

<sup>377</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>379</sup> “A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário às exigências do equilíbrio da economia em seu conjunto”.

<sup>380</sup> MOREIRA, *idem*, p. 55, 85, 86.

João Luiz M. Esteves<sup>381</sup> também revela sua preocupação com a importação desordenada da teoria da reserva do possível para o Direito brasileiro, ao informar que, enquanto a jurisprudência e doutrina alemã procuraram dar conteúdo aos direitos sociais não-inscritos no texto da Lei Fundamental, condicionando-lhes a subjetividade, parte da doutrina brasileira tenta retirar-lhes conteúdo, uma vez que, mesmo garantida sua imediata aplicabilidade pelo texto da Constituição Federal, entendendo que tais direitos encontram despojados do denominado status negativo, negando-lhes subjetividade e condicionando-os, primeiramente, à atividade do legislador, e, depois, às condições orçamentárias.

É questionável a transferência para países periféricos de teorias jurídicas desenvolvidas em países centrais com base em realidades culturais, históricas e socioeconômicas completamente diferentes, como se deu a transposição da teoria da reserva do possível para o Brasil, um contexto social pobre, onde muitas necessidades humanas básicas não são minimamente atendidas; resultando num Direito Constitucional comparado equivocado e que sujeita os direitos sociais a um esvaziamento; como afirmam Alinie da Matta Moreira e Daniel Sarmento<sup>382</sup>.

Leonel Pires Ohlweiler<sup>383</sup> aponta que um dos principais problemas de alguns discursos é o fascínio pela técnica, o querer dispor tudo ao padrão da apropriação tecnológica; ressaltando que é necessário extremo cuidado com teses como a do mínimo existencial ou da reserva do possível, pois não há como reduzir as políticas públicas e os respectivos processos de implementação a uma questão técnica orçamentária. Obviamente que a existência de recursos é essencial para fazer políticas públicas, mas, como alerta o autor, o que deve ser ressaltado é a utilização meramente retórica da escassez de recursos à luz das prioridades da Administração Pública contida nas leis orçamentárias.

Se a questão redundante na melhor escolha da destinação dos escassos recursos públicos, coadunando-os com as prioridades constitucionais, conforme

---

<sup>381</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 51.

<sup>382</sup> MOREIRA, *ibidem*; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 408.

<sup>383</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 302/303.

afirma Mônica de Almeida Magalhães Serrano<sup>384</sup>, não haverá proporcionalidade nem razoabilidade na destinação de verba pública para uma obra de grande monta ou o embelezamento de via pública em detrimento da construção de um novo hospital, de uma nova escola de ensino fundamental ou concessão de medicamentos a preservar a integridade física de qualquer ser humano.

Sob um ângulo, a Constituição brasileira, nos artigos 167 e 198, §2º, determina o respeito ao desenho das finanças públicas, sob pena de colapso orçamentário; mas também, por outro, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana impede que regra orçamentária se imponha perante a necessidade de medicamentos de um determinado indivíduo; de acordo com a lição de André Castro Carvalho<sup>385</sup>.

Agrava essa situação o fato de que ainda remanesce na doutrina constitucional brasileira uma ultrapassada visão da falta de juridicidade nas normas programáticas, principalmente as que estabelecem direitos sociais; e, graças à simples importação dos princípios contidos na decisão “*numerus clausus*”, proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, para a realidade do direito brasileiro, passou-se a entender que a concretização de direitos fundamentais repousaria no mero poder discricionário da Administração Pública, na medida em que há limitações de ordem financeira para sua efetivação a serem solucionadas pela lei orçamentária.

Como se pode observar na síntese de Caliendo<sup>386</sup>, diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações seriam carecedores de eficácia na falta de concretização legislativa por dependerem da existência de recursos públicos e de condições materiais. Quanto às normas programáticas, ainda remanesce o entendimento de que estas indicariam apenas um “programa”, “finalidades” ou “tarefas” a serem implementadas pelo Estado, sendo, por isso, dotadas de “baixa densidade normativa”, necessitando, para produção de efeitos, de “ação legislativa de preenchimento de sentido”, para que atuem na completude; conforme já tratamos anteriormente, quando discorreremos sobre a juridicidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

---

<sup>384</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 111.

<sup>385</sup> CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 37.

<sup>386</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176/177.

Entretanto, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>387</sup> evidencia que a reserva de cofres públicos implica inexoráveis problemas de financiamento, mas não o grau zero de vinculação jurídica dos preceitos de direitos fundamentais sociais. No sistema constitucional pátrio, observa ela, não se concebe que a reserva do possível resulte em ineficácia ou perda de vinculatividade desses direitos; posição que é também sustentada também por Eduardo Cambi<sup>388</sup>, ao afirmar que a reserva do possível não pode ser uma cláusula restritiva de direitos *prima facie* nem importar na absoluta ineficácia ou na não aplicabilidade de um direito fundamental<sup>389</sup>.

Para Sandoval Alves da Silva<sup>390</sup>, a construção da teoria da reserva do possível visou retirar a exigibilidade dos direitos sociais oponíveis ao Estado alemão, para submetê-los à discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos.

Tal fenômeno é denunciado por Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>391</sup> como sendo uma verdadeira “inversão hierárquica”, tanto em termos jurídico-normativos, quanto em termos axiológicos, ao se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais em matéria de efetividade de direitos fundamentais; argumentando que, se a reserva do possível fosse um limite imposto pelo orçamento, significaria dizer que um direito social estaria “sob reserva” de cofres cheios, o que, em outras palavras, equivaleria a dizer

<sup>387</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

<sup>388</sup> CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 383.

<sup>389</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180; conclui que a reserva do possível está ancorada em falácias criadas pelo pensamento neoliberal, como a de que direitos sociais são direitos de segunda ordem, decorrentes de uma economia forte, o que excluiria os países de desenvolvimento tardio. De modo que, negar efetividade pelo argumento do custo, seria negar a própria essência do Estado Democrático de Direito. Tal pensamento é referendado por CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108; ao afirmar que a reserva do possível traz em si o espírito estritamente liberal (ou neo), incompatível com a realidade da Constituição brasileira, eis que pretende criar uma intangível estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado Social. KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73, entende que a reserva do possível representaria os custos dos direitos, uma falácia do projeto neoliberal para minar a realização de direitos sociais, sob o disfarce de uma racionalidade enganosa, que oculta a verdade sobre os custos inerentes a todos os direitos fundamentais.

<sup>390</sup> SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 183.

<sup>391</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.

que não teriam qualquer vinculação jurídica; devendo se ter sob foco que, num Estado Democrático de Direito, quem “governa” é a Constituição, a qual os poderes constituídos devem fidelidade e cujos elementos essenciais sempre serão limites à liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais<sup>392</sup>.

Assim, é preciso por em perspectiva que a teoria da Reserva do Possível deve ser observada em duplo conteúdo: em primeiro, no sentido de que o atendimento a uma pretensão subjetiva de um direito social não pode por em risco o programa do Estado Social, de igualdade e distribuição de justiça, sendo exigível da sociedade somente no tanto o quanto não prejudique o atendimento de outras demandas destinadas à coletividade, revelando-se sua estrita correlação com a proporcionalidade e razoabilidade; e, num segundo plano, que a reserva também considera as circunstâncias materiais do Estado ao momento do atendimento da pretensão, ou seja, a existência de recursos públicos disponíveis para tanto, de modo que, para ser satisfeita, a pretensão não pode gerar desequilíbrio, comprometendo outras prestações igualmente relevantes.

A partir dessa perspectiva, a reserva do possível passa a consubstanciar-se em um limite ao exercício de direitos fundamentais, sobretudo de cunho social prestacional. Contudo, a doutrina brasileira, ao importar a teoria da reserva do possível para a realidade nacional, deturpou sua concepção original, enfatizando apenas a dimensão econômica da teoria (existência de recursos). Talvez por uma forte ascendência liberal (ou neo) em nosso país, a reserva do possível tem sido traduzida apenas pela sua dimensão econômica, ou seja, no que concerne apenas à disponibilidade de recursos públicos financeiros, para justificar largamente a sonegação de direitos sociais.

Assim procedendo, a doutrina nacional deixou de lado ou simplesmente substituiu a preocupação inicial da Corte Alemã com a razoabilidade e proporcionalidade na realização de uma pretensão subjetiva que não ponha em risco a realização de outros direitos pelo esgotamento dos cofres públicos, limitando-se à mera verificação da disponibilidade de recursos públicos para a implementação dos direitos reivindicados, sem maiores indagações quanto à proporcionalidade e à

---

<sup>392</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 92; “não há possibilidade de mitigar os efeitos da norma definidora de um direito fundamental social como sugere a não fundamentada – e da discussão alemã mal importada – figura da ‘reserva do possível’”.

razoabilidade, que são inafastáveis quando se trata da aplicação da reserva do possível ao caso concreto<sup>393</sup>.

Daí por diante, a reserva do possível passou a representar a simples “justificativa genérica” para a ineficiência ou negligência do Administrador Público em implementar políticas públicas alusivas a direitos sociais, mormente os de cunho prestacional, como se apenas essa modalidade de direitos tivesse custos de concretização.

Fabiana Okchstein Kelbert recomenda um “cuidado especial” ao se adotar a reserva do possível e a escassez de recursos econômicos como fundamento para a não concretização de direitos sociais, para que elas não se tornem um “argumento mágico” de inviabilização daqueles direitos<sup>394</sup>.

Em contraposição a essa situação, o discurso que vem permeando a doutrina nacional atualmente é o de inovar a discussão quanto à reserva do possível, não se aceitando mais a mera arguição de escassez de recursos pela Administração Pública, senão episodicamente, devendo-se indicar por quais razões os recursos públicos destinados à satisfação de determinada prestação de direito social são insuficientes ou inexistentes<sup>395</sup>.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>396</sup> apontam que a reserva do possível assenta-se, pelo menos, numa tríplice dimensão, que abrange a efetiva disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica de recursos (materiais e humanos), que guarda conexão com a distribuição das receitas tributárias; e, por fim, o problema da proporcionalidade e da razoabilidade da prestação exigida.

---

<sup>393</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 85/86.

<sup>394</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77/78.

<sup>395</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97, 84. Nesse sentido, reflete também que “a reserva do possível não pode ser aceita como uma solução estrangeira para a falta de vontade política, a atuação deficitária do legislador e a desorganização do administrador. Ela somente pode integrar a ordem jurídica brasileira quando for aplicada sem deturpação de seu real sentido e em consonância com a realidade em que incide” (p. 57). Argumenta ainda que a efetividade dos direitos sociais não está relacionada apenas à indisponibilidade fática dos recursos financeiros do ente público, mas também à disponibilidade jurídica, ou seja, ligada à possibilidade jurídica de o Estado empregar os recursos arrecadados (p. 88).

<sup>396</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

Fabiana Okchstein Kelbert<sup>397</sup>, explicando essas três dimensões, informa que, sob a primeira, a “dimensão fática”, a reserva do possível pode ser entendida como a comprovada ausência (total) de recursos (econômicos, humanos, materiais, quaisquer que sejam), que impede, faticamente, a implementação de direitos prestacionais<sup>398</sup>. Nesse caso, adverte, há que se investigar o modo com que os recursos públicos são administrados e distribuídos, distinguindo-se se uma demanda não foi atendida porque, de fato, não existem meios, mesmo depois de atendidas as determinações constitucionais referentes à alocação de recursos, não havendo discricionariedade administrativa absoluta quanto às escolhas a serem feitas, diante dos objetivos de efetividade máxima dos direitos fundamentais, inclusive sociais<sup>399</sup>.

Eduardo Cambi<sup>400</sup>, abordando o tema, conclui que a reserva do possível não pode ser considerada como um limite absoluto, tampouco como um cômodo fundamento para negar a realização de direitos fundamentais, exigindo que o Poder Público assuma o ônus da prova da exaustão orçamentária, conforme determina o art. 333, II, do Código de Processo Civil. Ressalta que, na prática, é comum que o Poder Público se recuse a obedecer liminares sob tal alegação, mas que os Tribunais Superiores estão atentos a isso, não acatando tal argumentação.

Quanto ao segundo aspecto, a “dimensão jurídica” da reserva do possível, prossegue Fabiana Okchstein Kelbert<sup>401</sup>, diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais; ou seja, embora os recursos existam faticamente, por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados,

<sup>397</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78/88.

<sup>398</sup> Para LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162; a reserva do possível de “caráter econômico” não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a “impossibilidade técnica” ou com a “escassez”. No caso da distribuição de medicamentos, “impossibilidade técnica” se daria com a entrega de medicamento em fase experimental (o remédio existe, mas ainda não é produzido em escala industrial, está em fase experimental, não sendo possível prever os resultados de sua aplicação); já a “escassez”, seria o medicamento que conta com produção em escala industrial, mas não de modo suficiente para atender a todos, ou o custo de sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos ou tratamentos; e a “impossibilidade econômica” decorreria do custo do medicamento produzido em escala industrial, o que faz dele um “remédio para poucos”.

<sup>399</sup> O que importa dizer, segundo KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 81, que “a reserva do possível, na sua dimensão fática, só poderá ser alegada quando o Estado comprovar que efetivamente não dispõe de verbas ou que as que já aplicou de maneira satisfatória e em atendimento aos objetivos e finalidades constitucionais. A mera alegação de inexistência de recursos não pode ser aceita, pois viola os ditames constitucionais”.

<sup>400</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 401/402.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 82.

não sendo autorizada a efetivação do direito fundamental. A impossibilidade jurídica estaria ligada ao orçamento público, uma vez aprovado e que não pode mais ser alterado por determinação judicial; ou à ausência de lei orçamentária que autorize a realização do gasto; ou à alocação de recursos para outras áreas, que não aqueles vinculados pela Constituição.

Num terceiro aspecto, a “dimensão negativa” seria aquela que atuaria como um impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação”, “por afigurar-se desproporcional e irrazoável<sup>402</sup>.

O que deve ser considerado, portanto, é que esse limite fático e orçamentário imposto aos direitos fundamentais não é absoluto, devendo ser observado com “reservas”, na medida em que pode (e deve) ser mitigado ou mesmo superado, a depender do caso concreto, sendo balizado “por outras restrições, suficientes para exercer um controle sobre eventuais abusos praticados pela Administração Pública, em dissonância com as definições constitucionais”; como assegura Alinie da Matta Moreira<sup>403</sup>.

Alinie da Matta Moreira<sup>404</sup> também acha importante lembrar que os direitos sociais prestacionais não “vigem” sob a reserva do possível, ou seja, não estão a todo o momento submetidos a uma restrição relacionada à escassez de recursos. Para ela, a simples falta de previsão orçamentária para a realização de determinado direito não seria suficiente para afirmar a existência da reserva do possível jurídica. É preciso verificar as razões pelas quais a dotação orçamentária não foi atendida de forma adequada.

Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>405</sup>, também é bastante enfático ao afirmar que devemos receber “com ressalvas” a reserva do possível por tratar-se de doutrina estrangeira com pouca projeção no ordenamento jurídico brasileiro ante a densidade conferida aos direitos fundamentais e ante os objetivos da República brasileira.

Bastantes citados por ampla doutrina que se ocupa em debater a aplicação da teoria da reserva do possível em terras brasileiras, Stephen Holmes e Cass

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 87/88.

<sup>403</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103, 105.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>405</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Judicial das Políticas Públicas. *In*: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

Sunstein ganharam notoriedade pela assertiva sintética de que “levar direitos a sério significa levar a sério a escassez”<sup>406</sup>.

Holmes e Sunstein lecionam que todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos sociais a prestações materiais, envolvem custos, recursos e despesas públicas, de modo a se superar a concepção que atribuía relevância econômica aos *welfare rights* e a negava nos clássicos direitos de liberdade porque requereriam apenas uma postura negativa do Estado<sup>407</sup>. Assim, todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, são positivos<sup>408</sup>.

Holmes e Sunstein desenvolvem também a ideia da finitude dos recursos ante a infinitude das necessidades humanas e que a realização de alguns direitos podem tornar indisponível a realização de outros, não se podendo reconhecer direitos absolutos, mas sim a depender do contexto que os engloba; quer seja porque o modo como são interpretados e aplicados varia de acordo com os avanços e recuos do conhecimento, quer seja porque estão enraizados num dos terrenos mais movediços da política, que é o processo orçamentário anual<sup>409</sup>.

Nesse contexto, onde as necessidades sociais são infinitas, mas os recursos para satisfazê-las são finitos, cabe ao Administrador Público realizar “escolhas trágicas”<sup>410</sup>; significando dizer que a impossibilidade de realizar todos os direitos sociais prestacionais de forma uniforme e imediata significa dizer que a escassez de recursos pode envolver a tomada de decisões dramáticas, como reafirma Alinie da Matta Moreira<sup>411</sup>. De modo que, como acrescenta Ana Paula de Barcellos<sup>412</sup>, a

<sup>406</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94; *apud* KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 93.

<sup>407</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 134/137.

<sup>408</sup> Cf. ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 54.

<sup>409</sup> Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 134/137. Na advertência de Daniel Sarmiento, os recursos existentes na sociedade são escassos e o atendimento aos direitos sociais envolve custos, mas é igualmente verdade que esta característica não é exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, de primeira dimensão, cuja plena exigibilidade ninguém questiona (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 391).

<sup>410</sup> Expressão atribuída a CALABRESI, Guido; e BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978, Cf. SARMENTO, 2010. p. 392.

<sup>411</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

disponibilidade de recursos passa a ser colocada como “limite fático” à efetivação dos direitos fundamentais de natureza social, e, como não há recursos ilimitados, será obrigado o Administrador Público a fazer escolhas, a eleger prioridades, no sentido de “quando”, “quanto” e “onde” serão investidos os escassos recursos públicos, fatalmente levando-o a atender determinadas necessidades em detrimento de outras.

Como revela Fabiana Okchstein Kelbert<sup>413</sup>, a realização de direitos fundamentais passa por escolhas, as quais deveriam refletir o processo democrático, ou seja, já que não se podem realizar todos os direitos, a sociedade, por meio de seus representantes, escolhe proteger os bens e direitos que considera mais importantes num determinado momento e contexto histórico. Mas, como obtempera João Luiz M. Esteves<sup>414</sup>, se todos os direitos exigem prestações negativas e positivas, ao mesmo tempo em que todos os direitos custam, a definição quanto à aplicabilidade, à prevalência ou à preferência desses direitos não pode se basear na ideia de que uns custam e outros não; sendo a questão central saber como deve ser definida essa prioridade, se não houver recursos para o cumprimento simultâneo de todo o catálogo de direitos.

Em busca de critérios de realização de direitos fundamentais num contexto de escassez real, o mesmo João Luiz M. Esteves<sup>415</sup> afirma que, diante da tese da reserva do possível, as melhores concepções seriam aquelas que defendessem uma melhor correspondência direta ou indireta do mínimo existencial com o princípio da dignidade da pessoa humana; linha de pensamento acompanhada por Mônica de Almeida Magalhães Serrano<sup>416</sup>, ao defender a necessidade de um planejamento adequado pelo orçamento público, desde o momento quando são traçadas suas diretrizes políticas, devendo ser lembradas as prioridades do Estado, que tem como cerne a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>412</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

<sup>413</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

<sup>414</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 55.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>416</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 109.

Assim, se todas as espécies de direitos fundamentais têm custos e, havendo custos, haverá alguma sorte de limites ao seu atendimento diante das necessidades ilimitadas, é lícito aderir à proposição de Marcelo Figueiredo<sup>417</sup>, no sentido de enxergarmos a Reserva do Possível com “reservas”, afirmando que é no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstacularizar o direito ao reconhecimento de prestações estatais.

E, como afirma Daniel Sarmento<sup>418</sup>, já que a realização de todos os direitos fundamentais (tanto os civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais) têm custos, sendo igualmente submetidas à reserva do possível, deve ser observada a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação dos recursos públicos existentes para toda e qualquer espécie de direitos fundamentais, de modo a, ao atender uma necessidade pública, o Administrador não prejudique a realização de outras.

Nesse sentido é que Alinie da Matta Moreira<sup>419</sup> considera a reserva do possível como uma restrição aos direitos fundamentais sociais, mas apenas de ordem circunstancial, episódica, pontual ou fática, mas que a escassez de recursos públicos deve ser superada pelo Estado em prol da concretização dos direitos fundamentais; em nome do que sugere alguns limites a serem aplicados à própria reserva do possível, tais como a razoabilidade e proporcionalidade, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana; ressaltando que a não-efetivação de direitos fundamentais sociais não pode ter como obstáculo a explicação de que existe não-previsão orçamentária ou que, tendo sido prevista, ocorreu exaurimento de recursos orçamentários. Para ela, a elaboração do orçamento deve contemplar todas as diretrizes estabelecidas na Constituição, não sendo privilegiados certos direitos em detrimento de outros, mas sim sendo limitada a discricionariedade do administrador público na execução do orçamento, à vista dos direitos consagrados na Constituição<sup>420</sup>.

---

<sup>417</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neonconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 733.

<sup>418</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 407.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 94, 106/107.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 55.

Ainda mais contundentes são Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>421</sup>, ao afirmarem que a reserva do possível não poderia nem ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais. Dentre outras razões, sustentam que esse “possível” não é algo que se possa aferir objetivamente no que tange à atuação do Estado, já que este pode lançar mão de uma amplitude de medidas para tornar possível uma prestação, a exemplo da reorganização de suas prioridades orçamentárias, a contratação de empréstimos no exterior, o aumento da arrecadação por novos tributos, pelo aumento de alíquotas e o combate eficiente à sonegação fiscal; o que parece demonstrar para eles que a suposta impossibilidade de cumprir um dever estatal só indica a ausência de vontade política para o seu cumprimento.

A questão tributária também permeia as veementes críticas de José Lima Santana<sup>422</sup>, que, ao abordar o princípio da descentralização – uma das bases do Sistema Único de Saúde – diz que essa descentralização parece ter gerado alguns problemas em torno da desigualdade entre a arrecadação de tributos e da não compensação na distribuição da arrecadação de alguns deles. Pra ele, o sistema tributário brasileiro é “duplamente perverso”: de um lado, compromete os cidadãos com uma carga excessiva de tributos, sendo um dos mais penalizados do mundo; de outro, faz com que Estados e Municípios, que concentram sobre si a maior parte dos serviços, vivam com o “pires na mão” perante a União, que, por sua vez, arrecada e concentra em suas mãos uma fatia tributária muito maior; deduzindo com isso que a nossa Federação é uma “federação capenga, caricata”.

Assim, o que podemos apreender com as contribuições oferecidas por Holmes e Sunstein, aplicadas ao contexto brasileiro, é que as demandas sociais são infinitas, mas os recursos para satisfazê-las são finitos, posto que advém do recolhimento das contribuições da coletividade. Não existindo absolutismo em algo que tenha custos, a escassez é comum e limita toda e qualquer espécie de direito, inclusive os civis e políticos, não sendo característica exclusiva dos econômicos, sociais e culturais. Logo, levar direitos fundamentais a sério é, em última análise, levar a própria questão da escassez a sério.

---

<sup>421</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 93/94.

<sup>422</sup> SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS) *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54.

A responsabilidade do Administrador para com a gestão eficiente dos recursos públicos – não exaurindo as capacidades estatais para o atendimento da coletividade ao satisfazer pretensões subjetivas individuais, mas sim submetendo as escolhas políticas a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade – corrobora perfeitamente o conteúdo da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, no já citado *leading case* “*numerus clausus*” das universidades, ao revelar a observância, tanto da dimensão econômica (existência de recursos), quanto da social (proporcionalidade e razoabilidade), no atendimento das necessidades coletivas, não se exigindo o impossível do Estado (reserva do possível).

Sob essa perspectiva, a escassez, limite fático inerente a todo e qualquer direito que dependa de recursos financeiros, impõe ao Administrador que se submeta a “escolhas trágicas”, não apenas ao efetuar a despesa, mas também, anteriormente, ao planejar a aplicação dos recursos públicos, através das leis orçamentárias, priorizando a satisfação de determinadas demandas em detrimento de outras; quadro que se agrava quanto mais for o Estado pertencente ao bloco periférico, como no caso do Brasil, onde as necessidades básicas da sociedade são mal atendidas.

No entanto, vale ressaltar que essas “escolhas” a que se submete o Administrador Público não se colocam no plano absolutamente discricionário, mas sim relativas às prioridades e objetivos da Constituição, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do atendimento ao mínimo existencial; sendo lícito concluirmos que a concretização de direitos fundamentais não pode ficar à inteira mercê da vontade política, sob o manto programaticidade de algumas de suas normas e/ou da justificativa genérica da escassez de recursos públicos, mormente quando em jogo a satisfação das necessidades mais prementes de uma existência humana digna.

Pela posição de George Marmelstein<sup>423</sup>, diante da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, se o direito fundamental somente pudesse ser efetivado quando o legislador infraconstitucional regulamentasse seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria maior poder que o próprio poder constituinte. Assim, se determinado direito fundamental não está sendo efetivado por

---

<sup>423</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 295/296.

ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário efetiva-lo, pois para isso não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador.

Ao mesmo tempo em que corroboram com os termos da decisão *numerus clausus*, do Tribunal Constitucional Federal alemão, as ideias de Holmes e Sunstein também contribuem para um certo “desmonte” ideológico das teses do Bloco Capitalista, liderado pelos Estados Unidos, que vêm se sustentando desde os debates na ONU, do pós-2ª Guerra Mundial, quando da tentativa de elaboração de um único Tratado Internacional de Direitos Humanos, e que perpassaram ao Direito Constitucional Brasileiro, sob a tese da programaticidade dos direitos sociais, em fins dos anos 60.

Como já firmamos anteriormente, tanto o Direito Internacional, quanto a dogmática dos direitos humanos, já sedimentaram a interdependência, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos (*property rights* e *welfare rights*), sendo insculpido no Direito Constitucional brasileiro, através do art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, que as normas definidoras de direitos fundamentais eficácia imediata e exigibilidade máxima.

A teoria alemã da reserva do possível, mal importada às terras brasileiras, apresenta-se como uma evolução da tese denegatória de direitos fundamentais sociais, surgida durante a Guerra Fria, mostrando apenas a sua faceta econômica para justificar a desobediência à Constituição sob o argumento genérico da falta de recursos financeiros, criando uma cultura de ocultação da má-gestão da coisa pública.

Para combater essa mencionada “falácia liberal”, a dogmática brasileira vem elaborando uma espécie de “antídoto”, ao analisar a reserva do possível sob uma tríplice dimensão (fática, jurídica e negativa) e não acatando mais mera e tradicional alegação da falta de recursos como justificativa genérica para a violação de direitos sociais por omissão, exigindo-se da autoridade pública que alegar a escassez e comprovação que primeiramente foram usados os recursos existentes segundo as prioridades constitucionais, antes da exaustão financeira – o que, em nossa realidade, representa a minoria dos casos.

## 5 O DIREITO À SAÚDE E OS PARÂMETROS DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

“Ah! Quanta gente que, ao chegar aos hospitais,  
Fica a sofrer sem leito e sem medicamento!  
Olha, Senhor, a gente não suporta mais,  
Filho de Deus com esse indigno tratamento!”<sup>424</sup>.

### 5.1 DELIMITAÇÃO E REGIME JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE.

Inicialmente, é preciso destacar que, como o presente trabalho trata da possibilidade de interferência judicial numa tema tradicionalmente considerado de competência exclusivamente política, a concretização do direito fundamental à saúde, expresso no fornecimento de medicamentos a pessoas economicamente carentes; necessário se faz, antes, delimitar o conteúdo do direito fundamental violado pela inércia ou omissão administrativa em prestar medicamentos, o qual, em última análise, se transformará numa pretensão deduzida em juízo, e que, quando exposta a risco, arrisca também o direito à vida.

Percebemos que a problemática da atuação do Poder Judiciário em políticas públicas de saúde guarda grande proporção com a ausência de um conteúdo claro para este direito fundamental; como pontuam Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>425</sup>. E, se não há um conteúdo claro do direito a ser tutelado, logo, a própria proteção judicial desse direito passará a ser questionada no aspecto de sua amplitude, nos seus limites e possibilidades, enfim, em sua legitimidade.

Diante dessa incerteza de conteúdo a ser protegido, procuraremos primeiramente expor o conceito atual de saúde, que atenda à amplitude do respectivo direito, através de suas origens históricas.

De posse desse dado, passaremos a analisar a mutação desse conceito de saúde, enquanto “valor”, para uma categorização jurídica, ou seja, para um “direito”, humano e fundamental, registrando sua previsão, desde tratados internacionais até

---

<sup>424</sup> SOUZA, Roberto Lima de; RICARTE, Júlio Cezar Marques. Hino da Campanha da Fraternidade 2012. Disponível em <<http://www.paulus.com.br/appendix/2845.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2013.

<sup>425</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85/87.

a Constituição brasileira, relacionando sua proteção com outros direitos, como a vida, e também a princípios, como a dignidade da pessoa humana.

Não serão, portanto, objeto de análise no presente capítulo, senão em itens próprios, questões como as causas e efeitos da judicialização de políticas públicas ou o conteúdo ou parâmetros das decisões judiciais sobre o tema; mas apenas o enfoque no conteúdo conceitual e jurídico sobre o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, enquanto possível subsídio para uma legítima interferência judicial quanto ao fornecimento de medicamentos a pessoas economicamente carentes.

Conforme ensina Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>426</sup>, o direito à saúde é o resultado de uma longa evolução conceitual realizada, não apenas pelo Direito, mas pela própria ideia de o que seja “saúde” em si mesmo considerada.

As primeiras noções de saúde ligavam-na a uma concepção metafísica da realidade: o doente era vítima de demônios e espíritos malignos<sup>427</sup>. Na Antiguidade Grega, essa concepção é questionada, sobretudo pelos estudos de Hipócrates, introduzindo-se na discussão fatores ambientais e a “multicausalidade na gênese das doenças”. Com isso, os rituais foram substituídos por tratamentos com ervas e métodos naturais.

Na Idade Média, registra-se um sensível retrocesso quanto à saúde, sendo a doença novamente considerada metafisicamente, como um castigo divino. Como os “burgos” recebiam grandes movimentos populacionais, as pestilências e epidemias ocorriam em surtos, sendo o doente simplesmente alijado do convívio social para evitar contágios e propagação da doença. O único lenitivo era a caridade humana, pela qual, se não recebesse a cura, pelo menos o doente receberia conforto espiritual nos hospitais ou asilos recentemente surgidos<sup>428</sup>.

No Renascimento, retoma-se o pensamento clássico greco-romano, num período de polarização das duas épocas anteriores, opondo-se misticismo e práticas exotéricas remissas ao progresso da ciência e às descobertas sobre o corpo

---

<sup>426</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

<sup>427</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 10; *apud* FIGUEIREDO, *ibidem*.

<sup>428</sup> FIGUEIREDO, *idem*, p. 78.

humano. Nessa época definiram-se as primeiras políticas concretas do que hoje conhecemos como “Direito Internacional Sanitário”<sup>429</sup>.

Na consolidação do Estado Liberal burguês, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>430</sup> indica que a assistência social e médica se transmuda de uma solidariedade social para uma obrigação estatal, passando a compor o feixe de atividades tipicamente estatais, inclusive gozando de status constitucional.

É possível observar que o status constitucional e a feição de obrigação estatal conferida à assistência social e médica, durante a vigência de um modelo de Estado Liberal, acima noticiado por Mariana Filchtiner Figueiredo, só vem a corroborar as críticas dirigidas à teoria geracional dos direitos fundamentais, feitas em capítulos anteriores, na medida em que, ao contrário do que tradicionalmente é afirmado, havia a previsão da tutela de direitos fundamentais sociais, como no caso do direito à saúde (considerados de “segunda geração” e típicos do Estado Social) durante o Estado Liberal de Direito, no qual predominava a tutela estatal dirigida a direitos tidos como de “primeira geração” ou de liberdade ou individuais.

Voltando ao desenvolvimento histórico do direito à saúde, evidenciado por Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>431</sup>, durante a Revolução Industrial, novamente viu-se instalado o quadro de densidade populacional no meio urbano e as conseqüentes mazelas decorrentes da falta de higiene e condições sanitárias: proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares, assim como a queda na produtividade. Tal situação impulsionou a reivindicação social por melhores condições sanitárias, fazendo com que o Estado tomasse para si a posição de garantidor do direito à saúde pública e, desde o final da II Guerra Mundial, a noção de proteção sanitária como saber social e política de governo vem se ampliando, instituindo-se o sistema de previdência e de seguridade social.

O direito à saúde tem seu marco coligado aos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração) e ao Estado de Bem-estar social, cujos ideais emergiram na segunda metade do século XX, tendo como nota característica a negativa das premissas do individualismo liberal; como informa Mônica de Almeida Magalhães Serrano<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>430</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>431</sup> *Idem*, p. 79/80.

<sup>432</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 63.

No plano internacional, a criação das Organizações das Nações Unidas - ONU e a promulgação da Declaração Universal, de 1948, incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais, como no caso do direito à saúde, a Organização Mundial da Saúde - OMS<sup>433</sup>. Porém, no final do século XX, verifica-se um recuo estatal no que se refere ao direito à saúde, passando o Estado a figurar apenas subsidiariamente na prestação de cuidados, obliterando as estruturas sociais e econômicas subjacentes ao problema sanitário. Nesse período, as políticas públicas não mais seriam estabelecidas em função de dados epidemiológicos, mas em função de análises de custo-benefício, o que acaba implicando a ausência de prevenção, que é um elemento essencial no conceito de saúde pública e sabidamente menos custoso.

Realmente, um dos graves problemas que afetam o direito à saúde é a disponibilidade de recursos para sua concretização. No Brasil, particularmente, a partir da década de 1970, torna-se corriqueira a expressão “crise da saúde pública” (crise, sobretudo, financeira), como informa José Lima Santana<sup>434</sup>, demonstrando o histórico desinteresse dos Administradores Públicos em planejar políticas eficientes de saúde, dotar verbas suficientes para sua realização, fiscalizar eficientemente a aplicação desses recursos e punir a má-gestão e a corrupção envolvendo os agentes públicos responsáveis.

Ao que nos parece, o Administrador Público revela uma tendência histórica em preferir (mal) reparar o problema da saúde pública (que é muito mais custoso), alegando, reiteradamente, a escassez de recursos; em lugar de prevenir o problema através de ações e políticas eficientes e que contem com o adequado planejamento orçamentário.

Como já tivemos a oportunidade de expor em itens anteriores, essa problemática complexa que envolve o direito à saúde, tratada friamente sob a justificativa genérica da ausência de recursos financeiros (reserva do possível), guarda estrita ligação com o superado entendimento de que haveria uma categoria secundária de direitos humanos que poderia ficar sob o estrito poder discricionário do Administrador e submetida à existência ou não de recursos financeiros para sua

---

<sup>433</sup> FIGUEIREDO, *idem*, p. 80.

<sup>434</sup> SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

concretização, enquanto uma outra categoria de direitos humanos teria de aplicabilidade imediata, vinculando o Estado ao seu imediato cumprimento.

Expusemos, também, em linhas anteriores, nossas conclusões sobre o problema dessa “secundarização” de determinada categoria de direitos humanos, indicando que a raiz dessa percepção de distinção entre categorias de direitos humanos, assim como a suposta “crise” financeira da saúde, estariam na formulação de dois tratados internacionais de direitos humanos distintos, no final dos anos de 1960 (PIDCP e PIDESC), que, para o caso do Brasil, resultou na já superada teorização das normas constitucionais programáticas, ainda no final daquela mesma década.

Daí por diante, como o próprio José Lima Santana<sup>435</sup> indicou, a partir dos anos 70, a situação de “crise” passa a assolar o direito à saúde, qualificado como direito social e, portanto, considerado de pouca importância para o gestor público.

Quanto ao conteúdo específico desse direito à saúde, Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>436</sup> entendem ser de suma importância determiná-lo para sua concretização, já que a sua simples inserção na Constituição não resolve o problema. Passam, portanto, a apresentar um “conteúdo flexível do direito à saúde”, podendo ser entendido, grosso-modo, como bem-estar físico e mental, e, em seu sentido subjetivo, o bem-estar individual, conceito construído todos os dias através de uma série de serviços, mercadorias e atividades, oferecidas e praticadas, tanto pelo titular do direito, quanto por terceiros, incluindo o Estado.

Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>437</sup> aponta que o direito fundamental à saúde é de grande abrangência, alcança um âmbito muito mais amplo que o simples fornecimento de medicamentos em direção a uma ampla proteção do indivíduo, envolvendo a criação e a manutenção de estruturas públicas voltadas a essa proteção e a garantia de condições de vida, de um meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial. Sendo preservada em níveis progressivamente mais altos, a saúde, a salvaguarda do patrimônio genético e a proteção da integridade física, mental e emocional dos indivíduos; o agir dos

---

<sup>435</sup> *Ibidem*.

<sup>436</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81/82.

<sup>437</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77 e 96.

Poderes Públicos é conduzido, tanto para se abster de comportamentos lesivos à saúde, quanto para por em prática medidas efetivas de proteção a esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas<sup>438</sup>.

Corroborando essa tese, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>439</sup> cita Rolando E. Galdino<sup>440</sup>, para quem o direito à saúde deve abarcar “a fruição de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições, necessários para que a pessoa alcance e mantenha o mais alto nível possível de saúde”, compreendendo-se nele o aspecto conservacional do “capital de saúde” herdado e o aspecto reparatório a qualquer dano causado a esse capital. O direito à saúde, portanto, conteria elementos mínimos que lhe materializariam o conteúdo: disponibilidade, relativamente à suficiência dos estabelecimentos, serviços, bens, programas e centros de atenção prestados pelo Estado; acessibilidade, no tocante a não-discriminação quanto aos aspectos físico, geográfico, econômico ou informacional; aceitabilidade, alusivo à ética médica, aceitando-se as diferenças culturais e particularidades de cada indivíduo; qualidade, compreendendo o direito de todos de gozar dos benefícios do progresso científico. Situando-se, assim, num “cruzamento de direitos”, o direito à saúde revela um “caleidoscópio de direitos”.

Como visto, o conceito de saúde evoluiu muito nos últimos 100 anos. Na percepção de Nanci Figueiroa Rezende<sup>441</sup>, partiu da simples ausência de doenças, para um conceito variado e multidimensional, abrangendo a biológica, comportamental, social, ambiental, política e econômica.

No plano normativo internacional, a saúde se afirma como um dos direitos humanos insculpidos expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas – DUDH/ONU, de 1948; e, posteriormente, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966; mas, como ressalta Mariana Filchtiner Figueiredo, ainda que não previsto expressamente, o direito à saúde poderia ser depreendido da tutela jurídica

---

<sup>438</sup> Segundo a autora, qualquer investigação em torno do direito à saúde é bastante para afirmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõem o conteúdo desse direito fundamental, no entanto, parece haver uma convergência pelo menos quanto aos aspectos “curativo, preventivo e promocional da saúde” (*Idem*, p. 81).

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>440</sup> GALDINO, Rolando E. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Investigaciones, n. 3, Buenos Aires, 2001, p. 505/509.

<sup>441</sup> REZENDE, Nanci Figueiroa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 230.

do direito à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental implícito<sup>442</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, bem como direito à segurança em caso de doença. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC<sup>443</sup>, em reforço dessa afirmação, reconhece que a efetividade do direito à saúde depende de ações estatais, dentre as quais, a promoção de um ambiente sadio, prevenção e tratamento de doenças, inclusive, pela oferta de serviços médicos de modo universal<sup>444</sup>. Somente após 40 anos de previsão do direito à saúde na Declaração Universal, o Brasil só elevou tal direito à categoria fundamental na Constituição de 1988, como dever do Estado<sup>445</sup>, sendo a primeira Constituição brasileira a proteger os direitos sociais como fundamentais<sup>446</sup>. A partir de então, determinou-se que é dever do Estado garantir a saúde de toda população, independentemente de gênero, cor, classe ou situação empregatícia<sup>447</sup>.

O direito à saúde, como direito social, sempre esteve relegado a um segundo plano no constitucionalismo positivo brasileiro. Com a Constituição de 1988 e a adoção da proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e valor constitucional supremo, em torno do qual gravitam as demais

---

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 84/85.

<sup>443</sup> Artigo 12 – PIDESC: §1: Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

<sup>444</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79/80.

<sup>445</sup> BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 20, p. 597.

<sup>446</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 33.

<sup>447</sup> NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143.

normas, o direito à saúde passa a ser protegido juntamente com os outros direitos sociais<sup>448</sup>.

O direito à saúde é previsto na Constituição brasileira (art. 6º e art. 196) como direito fundamental formal e material, sendo dotado, portanto, de hierarquia axiológica superior, limitação quanto à reforma constitucional e aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta aos Poderes Públicos, constituindo-se, desta feita, não apenas em direito, mas dever fundamental do Estado<sup>449</sup>.

O art. 196 da Constituição brasileira prevê o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e outros agravos, além do acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Por sua vez, o art. 198, prevê que tais ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada (Sistema Único), organizado descentralizadamente, mas com direção única em cada esfera de governo, com atendimento integral, priorizando-se a prevenção, sem prejuízo da assistência.

Passados dois anos da promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 8.080/90 regulou em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (art. 1º). Como destaca Gilmar Ferreira Mendes<sup>450</sup>, isso significa dizer que, na forma do prevista pelo art. 199 da Constituição, ainda que constituído como sistema público, a rede privada de saúde pode, de forma complementar, integrar o SUS, por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público.

Os documentos da Organização Mundial da Saúde - OMS, dos quais o Brasil é signatário, contemplam o novo entendimento do conceito de saúde, evidenciando a necessidade de se atuar nos múltiplos determinantes, que vão além da biologia humana. Esse conceito está presente no Marco Normativo Brasileiro (Lei nº 8.080/90), cujo art. 3º enuncia a saúde como tendo fatores determinantes e condicionantes a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o

---

<sup>448</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 257.

<sup>449</sup> FIGUEIREDO, *ibidem*, p. 85/86;

<sup>450</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 491/492.

trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais<sup>451</sup>.

Além de ser regulado pelas Leis nº 8.080 (de 19/09/1990) e 8.142 (de 28/09/1990), o Sistema Único de Saúde - SUS é operacionalizado por outros instrumentos normativos, denominados de Normas Operacionais Básicas – NOB's, formalizadas principalmente através de Portarias Ministeriais. Sua grande evolução consiste na formação de um sistema formado por um conjunto de unidades que se interagem para um fim comum através dos três níveis da federação; ou seja, sua diretriz é a organização descentralizada e o atendimento universal à população. Mas essa evolução não isenta o Sistema Único de Saúde de críticas, muitas vezes, severa, da doutrina e opinião pública, sendo notórias as dificuldades de prestação eficiente e adequada de serviços de saúde, especialmente quanto à distribuição de certos medicamentos, em especial, para patologias raras<sup>452</sup>.

Em 1996, a promulgação da Lei nº 9.313 determinou que a medicação para pacientes com HIV/AIDS seria distribuída gratuitamente pelo SUS, e, somente em 1998, com a Portaria nº 3.918, do Ministério da Saúde, a Política Nacional de Medicamentos (PNM) foi aprovada com os objetivos de “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”, assim como aqueles “decorrentes de problemas crônicos de custo catastrófico e até aqueles que não estão disponíveis no mercado”<sup>453</sup>.

O direito à saúde é abrangente, como se depreende até mesmo da redação do art. 196 da Constituição brasileira; devendo atender a toda a população, e não apenas no que se refere à cura, mas também quanto à prevenção da doença e seus agravos, mediante políticas sociais e econômicas. Dada a relevância pública desse direito, sua efetivação deve ser objeto de estrita fiscalização pelo Poder Público. Contudo, a realidade dos fatos nos mostra o quanto a Constituição vem sendo

---

<sup>451</sup> REZENDE, Nanci Figueiroa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 233; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 489.

<sup>452</sup> FIGUEIREDO, *idem*, p. 96/97 e 101.

<sup>453</sup> CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31/32.

desrespeitada, por omissão, diante da pouca importância que o Poder Público brasileiro confere ao direito à saúde, na plenitude pretendida pela Constituição.

Desde sua origem, ocupando pouco espaço nas pautas orçamentárias, ao resultado final, quando do oferecimento efetivo dos respectivos serviços públicos à população, constata-se a permissividade que vem sendo dada à má-gestão e à corrupção no setor da saúde, obrigando o particular a recorrer à iniciativa privada, que deveria atuar complementarmente (art. 199 da Constituição brasileira), para ter um mínimo acesso àquele direito.

Tal qual expusemos em capítulos anteriores, entendemos que essa configuração de descaso com o direito à saúde foi causada pelo histórico descaso com os próprios direitos fundamentais sociais ou “de segunda dimensão”, que os considerou como simples promessas governamentais, que, não dotadas de juridicidade, mas de programaticidade, sujeitar-se-iam somente ao poder discricionário do poder político do momento e, numa aplicação acomodada da teoria da reserva do possível, sujeita à existência ou não de verbas dotadas e fiscalizadas por esse mesmo poder político. Entretanto, essa realidade tende a ser superada ao tempo em que as Constituições reassumem a sua feição normativa no Constitucionalismo Contemporâneo, quando são questionadas as usuais classificações de direitos humanos, que indevidamente secundarizam algumas de suas espécies, dotando de efetividade e aplicabilidade imediata para todas elas.

Sob tal ótica, a reserva do possível passa a ser vista “com reservas”, ou seja, como simples a justificativa genérica para o não-oferecimento ou ineficácia no oferecimento de direitos prestacionais materiais por parte do Poder Público, podendo ser relativizado o poder discricionário do gestor público para prever exclusivamente a aplicação de recursos públicos em políticas e serviços ligados a direitos sociais, como no caso do direito à saúde.

Diante disso, há ampla construção jurisprudencial e doutrinária favorável à da possibilidade de judicialização do direito à saúde, marcando a participação do Judiciário na concretização de políticas públicas e na correção de omissões do Legislativo e Executivo, determinando àqueles outros Poderes a efetiva entrega da prestação ao demandante, na amplitude prevista pela própria Constituição.

No plano orçamentário, é de destaque a Emenda Constitucional nº 29, que, no ano de 2000, estabeleceu patamares mínimos de investimento de recursos públicos em ações e serviços de saúde, tendo como objetivos principais elevar o

gasto federal com a saúde e assegurar sua regularidade, aumentar a participação, sobretudo dos Estados, no financiamento do SUS, determinar gradual acréscimo de recursos aplicados em ações e serviços públicos de saúde. Antes dessa Emenda, era possível observar grande heterogeneidade entre os Estados brasileiros no que concerne à alocação de receitas para a saúde, mas, a partir dela, observou-se um aumento na despesa, como também uma convergência gradual para os patamares lá estabelecidos<sup>454</sup>.

Recentemente, a edição da Lei nº 12.732, de 23 de novembro de 2012<sup>455</sup>, representa outro instrumento normativo que influenciará sobremaneira a previsão orçamentária dos entes públicos para a realização do direito à saúde, na medida em que concede ao paciente portador de neoplasia maligna “todos os tratamentos necessários”, gratuitamente pelo SUS, a começar em até 60 dias contados do diagnóstico, sob pena de sujeitar os gestores públicos às penalidades administrativas. Ademais, a nova Lei também reconhece a notoriedade da demora na inclusão de novos medicamentos em listas de distribuição gratuita do governo, procurando corrigir esse fato ao determinar a revisão e atualização da “padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas” sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados (art. 1º, § único).

Isso significa que pouco haverá de justificativa ao gestor público quanto à ineficiência ou omissão, pelo menos nos casos de fornecimento de medicamentos aos portadores de neoplasia maligna, na medida em que a nova Lei, sob pena de sujeição à responsabilidades penais e administrativas, estabelece prazo para o início do tratamento, assim como a revisão das listas de fornecimento de acordo com as novas pesquisas e tratamentos existentes; interpretação a qual permite, inclusive, que o Judiciário, uma vez instado pelo particular, determine à Administração Pública o fornecimento de medicamentos não constantes em lista quando comprovada a sua desatualização e a eficácia do novo tratamento; como já vinha se comportando o

---

<sup>454</sup> SAKURAI, Sérgio Naruhiko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 04/07.

<sup>455</sup> Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Disponível em <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm)>>. Acesso em 19/06/13.

Judiciário antes mesmo da Lei, como veremos em capítulo posterior referente à análise de decisões judiciais.

O Projeto de Lei nº 1.606/2011<sup>456</sup>, de autoria do Deputado Federal Marçal Filho (PMDB/MS), acompanha essa tendência de se buscar atender o direito à saúde em amplitude e integralidade, e, no caso do fornecimento de medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras e graves, enxergar além da lista de distribuição de medicamentos excepcionais do governo, dada a reconhecida falibilidade na atualização daquele rol, possíveis de obstar a concretização do direito à saúde, prevendo possibilidade de aquisição pelo Ministério da Saúde mediante dispensa de licitação em caso de não haver disponibilidade imediata daqueles medicamentos.

Assim, um longo caminho percorreu o direito à saúde, enquanto direito social, até o momento atual, no qual recebe plena tutela estatal e em igualdade de condições com os demais direitos fundamentais; sendo seu principal desafio a “saída do papel”, ou seja, a efetividade e concretização das promessas constitucionais. A amplitude determinada pela própria essência do conceito de saúde e do direito à saúde o fazem sofrer fortemente os efeitos da escassez de recursos financeiros. A par disso, a velocidade das pesquisas e do surgimento de novos medicamentos não se faz acompanhar pela capacidade de o Estado incluí-los nas listas de distribuição gratuita. Todavia, tais fatos tendem a mudar, na medida em que diversos dispositivos normativos cingem os investimentos estatais na saúde em patamares objetivos e mínimos, enquanto que outros permitem a tutela estatal para além das listas oficiais; obrigando o gestor público a alicerçar melhor as futuras escolhas alocativas de recursos públicos.

## 5.2 PARÂMETROS DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

Diante do que expusemos até então, nosso entendimento permite concluir pela ausência de dúvidas quanto à possibilidade de o Judiciário interferir na concretização de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, como é o caso do direito à saúde, sem que isso implique usurpação de funções ou violação do

---

<sup>456</sup> Dispõe sobre a dispensação de medicamentos para doenças raras e graves, que não constam em listas de medicamentos excepcionais padronizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

princípio da separação de poderes. Entretanto, mesmo diante das fartas posições doutrinárias em prol da judicialização de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, através de uma postura mais criativa do Judiciário, essa maneira de atuar não estaria isenta de reflexões sobre seus limites e possibilidades por meio da construção de parâmetros dogmáticos de interferência judicial, em nome da segurança jurídica dessas decisões.

Superada a programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, em nome de sua juridicidade, e devidamente desconstruídas as teses da violação do princípio da separação dos poderes e da reserva do possível – principais argumentos apresentados contra as decisões judiciais que compelem a Administração Pública ao cumprimento de prestações que materializam direitos sociais – torna-se relevante, agora, investigar quais são os limites, os critérios, os graus, enfim, os parâmetros de intervenção do Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde, em especial, no fornecimento de medicamentos, objetivando-se com isso a superação da mera retórica política da previsão normativa de um direito fundamental, sem sua respectiva realização no plano material; que só contribui para o sentimento de estelionato constitucional, do qual é vitimada grande parcela da população.

Apesar de em todo o país grassarem decisões judiciais envolvendo o tema da entrega de medicamentos de alto custo a indivíduos economicamente carentes, não se sedimentaram ainda para esse tipo de prestação certos parâmetros dogmáticos uniformes, que expressem segurança jurídica, não apenas ao jurisdicionado, que recorre ao Judiciário em situação extremada de saúde, mas também a toda a sociedade, principal interessada na correta utilização dos recursos públicos.

Sobre esse aspecto, André Ramos Tavares<sup>457</sup> aconselha que a atuação do juiz constitucional, dentro de um espaço de segurança democrática, seja acompanhada por uma respectiva consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, “máxime quando representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio e definitividade a defesa e implementação da Constituição”. Não sendo plausível a arbitrariedade nas decisões de um juiz constitucional, não estariam eles imunes a converter uma vantagem democrática em eventual risco para

---

<sup>457</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

a própria democracia. Assim, a consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da justiça constitucional são partes integrantes da discussão acerca da sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais. Do contrário, correr-se-ia o risco de trabalhar com pautas que servem “a dois senhores”, na medida em que o discurso dos direitos fundamentais, por si só, não é suficiente para limitar a *ratio* da decisão.

Verificando o bem maior a ser perseguido na questão, Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>458</sup> obtemperam que, no tema do controle judicial das políticas públicas, não se trata apenas de ser contra ou pró-Judiciário, mas sim de, nesse momento de reflexão acerca do equilíbrio dos Poderes nesse âmbito, ofertar justiça e bem-estar aos cidadãos. De modo que, como alerta de João Luiz M. Esteves<sup>459</sup>, é preciso esclarecer qual é o papel que o Judiciário poderá ideologicamente desenvolver no momento em que é chamado a decidir ao considerarmos as possíveis limitações ao custeamento dos direitos e estejam sendo atingidos direitos fundamentais.

Como vimos anteriormente, os principais argumentos contrários ao ativismo judicial versam sobre a possível violação no equilíbrio institucional entre os Poderes do Estado, através do transbordamento de típicas funções constitucionais, traduzido na violação na separação de poderes – a exemplo de Gabriel Dias Marques da Cruz<sup>460</sup>, Elival da Silva Ramos<sup>461</sup> e Uadi Lammêgo Bulos<sup>462</sup>.

Mas verificamos que o próprio Bulos<sup>463</sup>, ao considerar que “o grande problema é saber até onde o juiz pode atuar, porque a demarcação de parâmetros do ativismo judicial ainda é um tema aberto a conjecturas e refutações”, também apresenta como grande desafio encontrar a “zona limítrofe” entre o exercício da jurisdição e da manipulação constitucional; assim, admitindo que os juízes atuem com criatividade, suprimindo cochilos legislativos, eliminando silêncios eloquentes e

<sup>458</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

<sup>459</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 57.

<sup>460</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104 e 108.

<sup>461</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>462</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 429.

<sup>463</sup> *Ibidem*, p. 430/431.

procurando sanar dificuldades propiciadas pelo próprio ordenamento, que é incapaz de prever a unanimidade das situações a serem reguladas; embora advirta que nem mesmo a elasticidade das normas constitucionais justificaria a prática do ativismo judicial.

Com essa mesma ótica, Osvaldo Canela Júnior<sup>464</sup>, enumera, dentre os cinco desafios do Poder Judiciário no séc. XXI: a superlativa competência carreada ao Judiciário decorrente do sistema de controle de constitucionalidade e que transforma em jurisdicionados todos os agentes políticos, inclusive entes públicos, sustentando a busca de se tratar questões político-institucionais sob o enfoque exclusivamente jurídico-normativo; quanto à realização de direitos fundamentais, aconselha não se invadir a esfera de competência constitucional das demais formas de expressão do Poder estatal, de modo que não se subtraíam arbitrariamente as políticas públicas pelo exercício da jurisdição; sobre a ideal postura institucional, prega que o Judiciário não poderá assumir uma feição meramente contemplativa em relação às omissões do Estado na satisfação dos direitos fundamentais sociais, mas, por outro lado, deverá cultivar o necessário afastamento das injunções político-partidárias e econômicas, evitando a autoneutralização; defende uma propagação do sistema ético de referência, fundado na dignidade da pessoa humana, a todos os órgãos jurisdicionados; e, por fim, prega o desenvolvimento de uma técnica de decisão que traga ao processo as contribuições constitucionais do Poder Judiciário, sem causar impacto nos últimos quatro desafios anteriormente propostos, através de decisões de um patamar técnico-jurídico tal que traduza juridicamente as questões político-institucionais, preserve o princípio da separação de poderes, promova a completa efetivação de direitos fundamentais e mantenha a unidade do sistema.

Observamos que, quando, por um lado, Daniel Sarmento<sup>465</sup> pergunta se o Judiciário, cujos membros não são eleitos nem respondem perante o povo, seria possuidor de credenciais democráticas para inferir nas escolhas feitas pelo Legislativo e o Executivo, e teria condições de atuar de modo racional e eficiente num campo que envolve o controle de políticas públicas, cuja formação e implementação exigem expertise própria; por outro lado, ele também destaca que

---

<sup>464</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118 e ss.

<sup>465</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 393/399.

tais questionamentos não devem conduzir à conclusão pela rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais – o que seria um inadmissível retrocesso no Direito Constitucional brasileiro. O autor não negligencia os riscos representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisão sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nesta seara, mas também defende que se tracem parâmetros relacionados à sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais, que, por um lado, não negue ao Judiciário um papel relevante na proteção de direitos sociais, e que, por outro, não o converta à condição de protagonista neste campo.

Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes<sup>466</sup> observam uma “evolução ondular” no papel da justiça brasileira no que se refere à judicialização da saúde. Passando de uma postura “tímida e conservadora”, de “distanciamento e neutralidade”, o quadro alterou-se radicalmente, passando-se ao “extremo ativismo”. Por essa razão os autores corroboram a necessidade da construção de um papel intermediário para o Judiciário, que, de um lado, não ignore a unicidade da jurisdição e garanta um mínimo de bem-estar aos cidadãos, e, de outro, respeite minimamente a esfera de elaboração das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo, bem como seu espaço de gestão dos recursos públicos escassos.

Tantos argumentos só vêm a respaldar a percepção de que o exercício da jurisdição constitucional, sobre a temática específica do controle de políticas públicas na efetivação de direitos fundamentais sociais, envolve diversas questões árduas a serem ponderadas. Por exemplo, como aliar segurança jurídica, acesso à justiça, concretização de direitos fundamentais sociais, respeito à Constituição e aos Poderes constituídos, às leis orçamentárias e às contas públicas, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, evitando o “decisionismo” e o alto grau de subjetivismo judicial, possivelmente presente em temas objeto de apaixonados debates na sociedade?

Eduardo Cambi<sup>467</sup> nos lembra de que, se por um lado, o direito pós-moderno, ao contrário do direito moderno, não se contenta com a passividade jurisdicional, apostando na vontade transformadora; por outro lado, a jurisdição do Estado Contemporâneo não se limita a uma exegese puramente formal dos textos

---

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 85/87.

<sup>467</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 246/247.

jurídicos e a alternativa ao passivismo judiciário não é o ativismo tosco, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça. Para ele, sustentar a tese de que o juiz estaria livre para julgar ignorando a Constituição, as leis, os precedentes e a doutrina, impondo seu próprio ponto de vista, abrir-se-ia enorme espaço para a tirania. Portanto, a intervenção judicial não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Além do que, propõe a superação dos obstáculos quem vêm impedindo que o Judiciário assumam mais efetiva corresponsabilidade política na efetivação dos direitos fundamentais, citando, dentre outros, o conservadorismo dos operadores jurídicos, permeada por uma formação acadêmica retrógrada no que toca à relação entre direito e sociedade; o “cinismo” de uma cultura jurídica que não leva a sério os direitos constitucionais, transformando-os em meras declarações programáticas, mais ou menos utópicas; e, a propagação de um direito processual formalista, não voltado à realização, célere, adequada e efetiva, da tutela dos direitos materiais<sup>468</sup>.

Apesar de o tema ser bastante profícuo nos tribunais superiores, com paradigmáticas decisões favoráveis à determinação judicial de fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo a pessoas economicamente carentes, nas instâncias judiciais inferiores percebemos que, a par de abalizados entendimentos favoráveis a essa prerrogativa constitucional do Judiciário, ainda persiste uma contenção dos magistrados quanto à própria capacidade de concretizar os ditames constitucionais, no que se refere à concretização de direitos fundamentais dessa espécie.

Sob essa ótica, Luis Roberto Barroso<sup>469</sup>, esboçando a crítica quanto à capacidade institucional dos juízes, de estarem habilitados a produzirem as melhores decisões acerca de determinadas matérias, mencionando que o juiz, por vocação e treinamento, não está normalmente apto a avaliar o impacto de suas decisões sobre todo um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Refere-se, em seguida, ao caso específico do setor da saúde, onde, ao lado de decisões meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das

---

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>469</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374/375.

políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação de recursos públicos.

Para Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>470</sup>, o estudo das objeções e parâmetros mínimos de exigibilidade do direito à saúde, antes de se revelar uma tendência negatória, propugna por uma “teoria normativa forte”, que, afastando o absolutismo interpretativo, exagerado e demagógico, pretende definir os contornos dos quais esses direitos, especialmente os de natureza social prestacional, devem ser concretizados sem ressalvas nem evasivas, tanto pelos Poderes Públicos quanto por particulares.

Portanto, a necessidade de se construir uma dogmática própria para esse tipo específico de interferência judicial emerge, não apenas pela crescente demanda desse tipo de prestação que o Estado brasileiro tarda em antecipar medidas preventivas, mas também por uma questão de respeito às próprias normas constitucionais e à harmonia das instituições democráticas, evitando o “decisionismo”, ou seja, um alto grau de subjetivismo nas decisões judiciais acerca do tema (deferitórias ou indeferitórias), que leve ao descrédito do Judiciário enquanto legítimo partícipe da concretização da vontade constitucional.

Assim, entendemos que, se a intervenção judicial nessa seara não for praticada conforme critérios uniformes, (razoavelmente) objetivos e científicos, corre-se o risco de que um autêntico “ativismo judicial” converta-se em verdadeira “ditadura de toga”, “judiciocracia” ou “governo dos juízes” – como sustentam seus opositores –, causando com isso sérios danos à segurança jurídica e à administração pública.

Como sabido popularmente, “remédio demais é veneno”. O adágio popular serve para ilustrar a metáfora de que, tal qual um remédio para uma doença, o ativismo judicial, se administrado na dose errada, ou se tornará inócuo, permitindo que se morra da doença, ou causará um novo malefício, agravando a situação do doente; justificando-se a relevância de um estudo detido sobre os limites e possibilidades da intervenção judicial.

---

<sup>470</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103/104.

Andréa Elias da Costa<sup>471</sup> vê na maneira mais ativa de interpretação da Constituição e de estabelecer políticas públicas uma forma perfeita, não fosse o risco para o Estado de Direito que o seu mau uso e sua exacerbação representam, o da criação de um “Estado Jurisdicional”, ou seja, “um Estado de preponderância do Judiciário sobre os demais órgãos, o que suprimiria o Estado de Direito”.

Juliano Ralo Monteiro<sup>472</sup> anuncia que, apesar das duras críticas à postura ativista pelo Judiciário<sup>473</sup>, é possível encontrar um ponto de equilíbrio para as posições antagônicas, ponto esse que perpassa pelo respeito ao princípio da separação de poderes, conciliando segurança jurídica e legalidade, chegando a um “ativismo prudente”, uma “terceira via” entre as posições divergentes; ou, como intenta estabelecer André Castro Carvalho<sup>474</sup>, “uma racionalidade ao sistema, com o fito de se garantir a saúde orçamentária do Estado e protegê-lo dos ataques e investidas oriundos dos jogos de interesses”.

Daniel Sarmiento<sup>475</sup> entende que, diante do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Constituição a séria crise de representatividade do Poder Legislativo; o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. Já em outros campos, o autor recomenda uma postura de autocontenção judicial, em respeito às deliberações majoritárias do espaço político ou mesmo pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem conhecimentos técnicos fora do Direito, como Economia, políticas públicas e regulação, reconhecendo-se outros órgãos mais

---

<sup>471</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

<sup>472</sup> MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 170/171.

<sup>473</sup> Enfraquecimento dos poderes constituídos, falta de participação pública e inversão democrática na falta de escolha popular quanto aos magistrados que decidem determinadas questões, alienação popular, clientelismo em favor dos poucos que têm acesso ao Judiciário, exposição demasiada do Judiciário, ausência de critérios objetivos no julgamento de causas em nome de um ideal de justiça, acomodação dos outros poderes.

<sup>474</sup> CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 15.

<sup>475</sup> SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 293.

habilitados para assumirem a posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.

Diante desse balanço de ideias, quanto aos possíveis parâmetros objetivos de interferência do Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, como no caso específico do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos; verificamos alguns fatores que, ora motivam, que impelem, que impulsionam a atividade jurisdicional em prol da sua interferência e deferimento do pedido, muitas das vezes como única saída à tutela da saúde (e da vida) do jurisdicionado, os quais chamamos de “parâmetros positivos”.

Noutras situações, verificamos a presença de alguns indicadores que, contrariamente, sinalizam a necessidade de um refreamento ou autocontenção do magistrado diante do caso concreto, não se imiscuindo em determinadas situações, não invadindo determinada seara e, até mesmo, indeferindo o pedido, em nome do respeito à Constituição e às instituições democráticas ou à própria saúde do indivíduo e o equilíbrio financeiro do ente público; os quais chamamos de “parâmetros negativos”.

A posse desses fatores ou parâmetros, uma vez trabalhando conjugados, podem fornecer ao julgador um importante instrumental na formação de sua convicção e decisão diante de demandas de fornecimento de medicamentos não atendidas administrativamente pelo Estado. Mas, ressaltamos, entre esses fatores não existe hierarquia ou primazia, devendo o caso concreto informar em qual medida prevalecerá(rão) um(ns) sobre outro(s).

Além disso, não é possível prever as variadas situações possíveis envolvendo o fornecimento de medicamentos e a relação de tensão entre os Poderes. Contudo, procuraremos apresentar a seguir a amostragem mais ampla que a realidade da prática nos tribunais pode nos oferecer.

Diante da construção histórica da dignidade da pessoa humana e de sua alçada à condição de tábua axiológica das ordens jurídicas nacionais e internacionais, a partir da segunda metade do século XX – conforme expusemos detalhadamente em capítulo anterior -, não é difícil concluir que, no Estado de Direito Democrático Constitucional, a temática da interferência judicial na concretização de direitos sociais prestacionais, como no caso do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, considere a preservação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como primeiro parâmetro a ser observado ao se

estar diante de uma demanda judicial, cujo objeto visa a tutelar direito fundamental social, como no caso do direito à saúde.

Longe de chavões, de fórmulas mágicas ou de utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como lugar-comum argumentativo; é possível considerarmos que a verificação da violação do princípio da dignidade humana, como parâmetro impulsionador da interferência judicial, parte da premissa de que a omissão estatal em fornecer os medicamentos necessários à saúde e à vida do indivíduo o privaria, por conseguinte, de um mínimo de condições materiais que lhe permitam viver com dignidade. Noutras hipóteses ainda mais graves, o bem da vida final, a saúde, não permite gradações, não havendo “nível mínimo” a se preservar: ou se faz determinado tratamento e se obtém (ou não) a cura, ou o indivíduo simplesmente morrerá<sup>476</sup>.

O bem-estar da pessoa humana é o valor em torno do qual devem gravitar as ações estatais, sendo fundamento da República, eixo das escolhas governamentais e prioridades orçamentárias. Nos dizeres de Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>477</sup>, os medicamentos, porque intrinsecamente ligados à manutenção da saúde da população, constituem importante elemento das políticas públicas de saúde, alcançando a caracterização de “produtos de primeira necessidade”. Assim, possuem relevância não apenas econômica, mas também social, justificando o controle do Estado sobre as políticas de acesso a medicamentos.

Logo, quando não se verificar que, pela ausência da própria prestação omitida pelo Poder Público, haverá o potencial de, paulatinamente, se depreciar o quadro de saúde do indivíduo, criando a necessidade da pronta intervenção judicial em nome de um agravamento do quadro; será a urgência da situação fática que informará ao julgador que, se não houver intervenção imediata, o paciente morrerá, seja pela falta de medicamento, cirurgia ou leito hospitalar; os quais não pode arcar com seus próprios recursos.

Sob o parâmetro da inafastabilidade da jurisdição, o Estado, através do Poder Judiciário, não está investido apenas da prerrogativa de guarda da Constituição, nos quais se insere a tutela dos direitos fundamentais e da dignidade

---

<sup>476</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 276.

<sup>477</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 216.

da pessoa humana, mas também tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, como decorrência do princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF<sup>478</sup>.

O desenvolvimento da concepção de que não existem mais temas estranhos à jurisdição, assim como a relativização do princípio da separação de poderes, permitem concluir não ser mais cabível ao Judiciário suscitar sua própria incompetência ou ilegitimidade para determinar a efetivação de políticas públicas e compelir o Administrador ao cumprimento de prestações materiais voltadas ao direito à saúde, vindo a indeferir pedidos que lhe chegam nesse sentido sob o argumento de que tais prestações são objeto de políticas públicas a cargo dos demais Poderes e que estaria invadindo esfera de atribuições do Executivo ou Legislativo; mormente quando o direito à saúde se encontra atrelado ao direito à vida.

A prestação jurisdicional deve ser ofertada da forma mais ampla, adequada, efetiva e irrestrita possível, no sentido de defender a Constituição e sua concretização contra violações a direitos fundamentais; todavia, respeitando-se os limites da universalidade do atendimento e a finitude dos recursos públicos.

Eduardo Cambi<sup>479</sup> lembra que a simples possibilidade de a minoria acessar o Poder Judiciário para que seus interesses venham a ser protegidos, constitui um instrumento adequado para impedir a ditadura da maioria, isto é, que a maioria viole, de modo inconstitucional, os direitos da minoria; assim, a justiça constitucional seria capaz de promover um compromisso constante entre a maioria e a minoria, em favor da paz social.

Evidentemente que essa intervenção judicial não pode ocorrer de ofício, mas por provocação da parte interessada, cabendo a ela comprovar suas condições sócio-econômicas desfavoráveis à aquisição do medicamento com seus próprios recursos, sua condição clínica e a urgência no fornecimento do medicamento, a inexistência de prestação eficaz do Poder Público e o risco de vida que desafiem imediata intervenção judicial.

A inexistência de recursos públicos a satisfazer a prestação pleiteada pelo particular não deve contar com uma presunção de verdade absoluta para o Judiciário – como o fez transformar o Administrador, escorando-se na justificativa

---

<sup>478</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259.

<sup>479</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 246.

genérica da falta de verbas a para sua ineficiência em concretizar direitos sociais. Quando em juízo, a comprovação fática da reserva do possível é ônus que recai à Administração, e não ao particular.

Tratando agora das implicações financeiras da interferência judicial no fornecimento de medicamentos, é possível verificar que o fascínio que as novas tecnologias em saúde têm despertado nos usuários, aliado à falsa sensação de segurança que esses avanços conferem aos profissionais de saúde, tem levado a uma verdadeira explosão de gastos em saúde com medicamentos, exames e outros procedimentos de alto custo, sobretudo através de uma nova modalidade de consegui-los, a via judicial, que, no Brasil, vem se tornando um fenômeno conhecido por “judicialização da saúde”<sup>480</sup>.

Por outro lado, se é verdade que direitos sociais possuem uma dimensão subjetiva, apta a gerar o direito de ação para o particular, a fim de compelir o ente público, através do Judiciário, ao fornecimento de prestações materiais ligadas à saúde, como se dá com o fornecimento de medicamentos; também é verdade que as numerosas determinações judiciais dirigidas ao ente público, que envolvam vultosas quantias pecuniárias de cumprimento imediato, têm o potencial de desequilibrar as contas públicas e impossibilitar a realização de outras ações e prestações estatais, diante do quadro de demandas ilimitadas e crescentes versus recursos financeiros escassos.

Por isso, faz-se necessário também considerar os impactos orçamentários das determinações judiciais de cumprimento imediato do fornecimento de medicamentos compulsoriamente pelo ente Público, no sentido do desenvolvimento de uma dogmática própria para balizar a atuação judicial ao interferir em políticas públicas, como o direito à saúde.

Sob tal perspectiva, verificamos que os provimentos liminares e as sentenças definitivas, concedidas por instâncias judiciais inferiores contra o Poder Público, determinando o cumprimento de obrigação relativa a direitos sociais prestacionais, a exemplo do fornecimento de medicamentos, são comumente objeto de pedido de suspensão nos tribunais superiores, sob a motivação da grave lesão à

---

<sup>480</sup> NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.

ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, com fundamento no art. 15, da Lei nº 12.016/2009; art. 4º, da Lei nº 8.437/1992; e art. 1º, da Lei nº 9.494/1997<sup>481</sup>.

De fato, as limitações materiais dos recursos públicos são óbices reais à realização de toda a gama das necessidades sociais, sendo utópica a idealização de um Estado que garanta em sua inteireza a realização de todos os direitos fundamentais, abstendo-se de fazer as mencionadas “escolhas trágicas” comuns à Administração Pública.

Conforme a célebre sentença de Holmes e Sustain, “levar os direitos a sério, é levar a escassez a sério”, mas, se todos os direitos têm custos, a limitação fática da reserva do possível aplica-se às políticas públicas voltadas a qualquer espécie de direitos, e não apenas aos prestacionais sociais. Assim, não se justifica mais, conforme expomos anteriormente, quando tratamos dos principais argumentos contrários à judicialização da saúde, que o tema da reserva do possível, mal aplicada ao Direito brasileiro, sirva de amparo à inércia estatal no planejamento eficaz do gasto público, tampouco no que se refere à má-gestão dos recursos existentes; deixando de ser realizados variados direitos umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, como se dá com o direito à saúde e o direito à vida digna.

Muito embora os dispositivos legais acima citados em tese permitam ao tribunal, excepcionalmente, suspender a liminar ou sentença em caso de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas; nossa pesquisa não se deparou com qualquer julgado em que se constatou comprovadas as razões recursais, no tocante às decisões judiciais deferitórias de fornecimento compulsório de medicamentos a pessoas economicamente necessitadas.

Noutras palavras, não encontramos decisões recursais que reformaram decisões monocráticas sob as alegações de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas em determinações de fornecimento de medicamentos. Pelo contrário, como veremos mais abaixo, o STF, por exemplo, tem

---

<sup>481</sup> Cf. STJ - SLS nº 957, j. 13.10.2008, rel. Min. César Asfor Rocha, *In*: CAMBI, Eduardo, *ibidem*, p. 402; e também em STF - SS nº 3.941/DF – Distrito Federal, disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Sobre o tema, MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 217, refere que, no Recurso Extraordinário nº 195192, sob relatoria do Min. Marco Aurélio (Dj. 31 mar. 00), a Administração Pública não apresentou argumentos suficientes para demonstrar a escassez de recursos para atender ao pedido formulado, deixando, também, de comprovar o seu esforço em implementar alguma medida que pudesse oferecer aos portadores de fenilcetonúria um tratamento médico eficaz; razões pelas quais, naquela situação, o direito à saúde deveria prevalecer em face da escassez de recursos arguida pelo Estado.

se manifestado no sentido de que o alto custo do medicamento, não constante em lista de distribuição gratuita do governo, em caso de ser apontado como adequado à patologia apontada pelo demandante, não justifica o seu não-fornecimento, posto que o grave e irreparável dano incidirá sobre a saúde do paciente.

De fato, tendo-se em conta as limitações econômico-financeiras reais dos cofres públicos, não se admite mais a justificativa genérica da reserva do possível para ser denegada uma administração eficaz dos recursos públicos na realização do interesse público, mormente quando em jogo a saúde e a vida de grande parte da população. Por outro lado, a concretização de direitos prestacionais, mesmo em sede judicial, a exemplo da concessão de medicamentos, deve ser exercida segundo parâmetros razoáveis, dentre os quais, destaca-se, o verdadeiro respeito à questão do equilíbrio financeiro do ente público e sua capacidade de atender a outras demandas e interesses da população atuando como limite à intervenção do Judiciário na efetivação de direitos prestacionais.

Evidentemente que, nesse contexto, incumbirá ao Poder Público o ônus da prova do exaurimento das condições financeiras e a impossibilidade de atender a determinada demanda judicial de fornecimento medicamento; não sendo compatível com o objetivo da Constituição que essa escassez seja a premissa inicial, a presunção absoluta, da qual parte a decisão judicial, a qual, muitas vezes, lida com uma circunstância de urgência real, onde estão em jogo saúde e vida, e cujo *periculum in mora* fora causado pela própria Administração Pública e seus demorados processos de obtenção e fornecimento de medicamentos, com a prestatividade que a população precisa<sup>482</sup>.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>483</sup>, não haveria intromissão indevida do Judiciário na esfera jurídica de outros poderes se partíssemos do pressuposto do reconhecimento da insuficiência da política pública e da necessidade de intervenção

---

<sup>482</sup> Para MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97; “não é possível admitir a mera arguição da escassez de recursos por parte da Administração Pública, tampouco acolher postulações individuais ou coletivas que oneram de forma desarrazoada e desproporcional o Estado”. A “arguição da escassez de recursos por parte da Administração Pública só deve ser admitida de forma episódica e quando devidamente comprovada”, sendo indicadas “as razões pelas quais os recursos públicos destinados a esta finalidade são insuficientes ou inexistentes”.

<sup>483</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. In: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

para proteger interesses jurídicos lesados. Assim, na visão do autor, tendo a reserva do possível como parâmetro, deverá o magistrado investigar:

- a) se a política pública social contemplada recebeu recursos minimamente condizentes com as necessidades de atendimento, em cotejo com outras necessidades de menor importância contempladas no orçamento, *v.g.*, comparar recursos destinados àquela política com recursos destinados à publicidade; b) se os recursos destinados àquela política pública foram exauridos ou simplesmente suspensos; c) estabelecer uma política pública mínima para vigorar enquanto não implantada outra, pelo poder público, que atenda de modo satisfatório à demanda; d) determinar a abertura de crédito suplementar para suprir os gastos da política pública minimamente eficaz determinada por ele.

Concordamos com os parâmetros acima traçados por Silvio Luís Ferreira da Rocha, primeiramente, quanto à possibilidade de o magistrado coletar argumentos sobre a devida distribuição dos recursos públicos às respectivas camadas de demandas sociais, perquirindo se foram privilegiadas aquelas mais ligadas ao atendimento de necessidades mais elementares da condição humana (item “a”). Além disso, entendemos também ser legítima a investigação quanto à escassez ser jurídica ou material, ou seja, se a escassez, alegada pelo Poder Público como causa da não concretização de determinado direito prestacional, decorreu da ausência de previsão orçamentária satisfatória ou decorreu da aplicação da totalidade daqueles recursos naquele segmento (exaurimento) (item “b”).

Contudo, nossa crítica repousa na possibilidade de o magistrado estabelecer política pública eficaz ao atendimento de determinada demanda, enquanto não implantada outra pelo Poder Público; além de determinar abertura de crédito suplementar para suprir gastos da política pública determinada por ele (itens “c” e “d”). De fato, se assim procedesse, no nosso entender, estaria o magistrado verdadeiramente transbordando suas funções e usurpando as dos demais Poderes, pervertendo autenticamente o princípio da separação dos poderes, como alardeiam os detratores da judicialização das políticas públicas, e contribuindo para a migração da solução de questões políticas e administrativas para o âmbito judicial.

Assim, entendemos mostrar-se legítima a intervenção judicial no fornecimento de medicamentos (de eficácia comprovada, figurando eles ou não em lista de distribuição pública), quando em risco a saúde e a vida do paciente, pois, como diz Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>484</sup>, certas categorias de direitos sociais, especialmente aqueles que correspondam a condições mínimas de existência

---

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 25.

condigna (mínimo existencial), por assumirem um “status axiológico superior”, têm prioridade. Assim, havendo recursos limitados e diversos investimentos possíveis, deve-se conceder primazia àqueles relacionados à satisfação do mínimo existencial.

Corrobora esse entendimento Eduardo Cambi<sup>485</sup>, ao afirmar que a reserva do possível não pode ser mais usada como desculpa deliberada do Poder Público para não realização dos direitos fundamentais sociais, porque tal limitação não pode ser obstáculo à efetivação das necessidades humanas básicas, devendo o mínimo existencial ser garantido independentemente de reserva orçamentária porque goza de garantias institucionais. Afirma também que a cláusula da reserva do possível somente pode ser invocada, a justificar que o Estado se desonere de suas obrigações constitucionais, quando devidamente demonstrada a ocorrência de “justo motivo objetivamente aferível”. Em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, a reserva do possível merece leitura peculiar: deve servir de mitigação de um ativismo judicial irresponsável, sem se transformar em obstáculo jurídico à realização de direitos fundamentais sociais.

É preciso observar que, enquanto parâmetros negativos, de restrição à atuação interventiva do Judiciário, tanto o princípio da separação de poderes quanto a reserva do possível poderão aparecer conjugados entre si ou como corolário de outros parâmetros, dada a consequência direta para estes em caso de inobservância dos demais parâmetros.

A separação de poderes, prevista no art. 2º da Constituição, implica a independência, porém harmonia, entre as funções estatais. Sua relação com a reserva do possível é clara, bastando considerarmos que a interferência judicial em políticas públicas, sobretudo quando impõe dispêndio ou alocação de recursos públicos, mitiga esse princípio da separação, devendo ser revestida de um caráter de excepcionalidade<sup>486</sup>. De modo que será ilegítima a atuação judicial, quando invadir a esfera de competência constitucional de outro Poder, através da alocação de recursos diversa das estipulações legais anteriores; além de cometer evidente violação ao princípio da separação, grave e verdadeiro dano à reserva do possível, na medida em que substitui a decisão política majoritária pela monocrática, fazendo

---

<sup>485</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 431/432.

<sup>486</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 148.

justiça ao caso concreto, mas possivelmente obstando o acesso de grande parte da população à outra gama de prestações públicas.

É possível concebermos a subsidiariedade como outro parâmetro de atuação judicial na concretização do direito à saúde através do fornecimento de medicamentos, pelo qual ao Judiciário só será admissível interferir quando caracterizada a anterior violação do direito fundamental em questão, causada pela inércia ou omissão dos Poderes originalmente legítimos à concretização daquele direito fundamental<sup>487</sup>.

Por esse parâmetro, a atividade implementadora do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, exercida pelo Judiciário diante dos demais Poderes, não lhe autoriza a criar políticas públicas, mas apenas a implementar as já existentes, como indicam João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista De Souza<sup>488</sup>.

O Judiciário não é o Poder estatal naturalmente encarregado pela Constituição de planejar o uso dos recursos públicos; de fazer as ditas “escolhas trágicas”, de “onde”, “quando” e “como” aplicar as receitas públicas; que é responsabilidade do Executivo e Legislativo, representantes eleitos pelo povo.

Na síntese de Eduardo Cambi<sup>489</sup>, a implementação judicial dos direitos fundamentais sociais, e, para tanto, o controle judicial das políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade, competindo ao Judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, ou seja, quando restar caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais, enfim, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais.

João Luiz M. Esteves<sup>490</sup>, tratando desse aspecto da intervenção judicial, indica que o Poder Judiciário não deve substituir os Poderes Executivo e Legislativo

---

<sup>487</sup> No caso, a inconstitucionalidade proveniente do Administrador Público se dá duplamente, ao não se dimensionarem verbas públicas suficientes para suprir a demanda de determinada política pública ligada às necessidades básicas da população, mal elegendo as prioridades orçamentárias em sintonia com os ditames constitucionais; e na perpetuação da situação de escassez (material e jurídica) através da má-gestão dos recursos públicos (corrupção, falta da fiscalização e de punição), em franco prejuízo da saúde (e da vida) de grande parcela da população economicamente carente.

<sup>488</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259.

<sup>489</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 202.

<sup>490</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 75.

quanto à decisão sobre a característica a ser dada ao Estado, a qual é encontrada na Constituição Federal; não deve ser o órgão que define as políticas públicas a serem desenvolvidas para dar consequência aos mandados constitucionais, mas deve atuar objetivamente com os demais órgãos na efetivação dos direitos sociais. Mas, advirta-se, essa “atuação objetiva” do magistrado, no Estado Democrático de Direito Constitucional, não quer dizer um afastamento e neutralidade quanto ao caso concreto, como se praticava no já superado positivismo formal, típico do modelo absenteísta de Estado do Constitucionalismo Liberal, no qual o magistrado se limitava a se comportar como “a boca da lei”, reproduzindo e se submetendo à vontade do legislador como única e legítima fonte do Direito<sup>491</sup>.

A assunção da jurisdição constitucional e o enquadramento do Judiciário como autêntico poder estatal, em igualdade de condições com os demais poderes, e os efeitos do Constitucionalismo pós-positivista, exigem do magistrado uma postura muito mais construtivista, política e ativa na solução de casos difíceis, sendo-lhe permitido agir como autêntico criador do Direito.

É acerca desse aspecto específico da supressão de omissões legislativas que o debate se torna mais acentuado, como registra o mesmo João Luiz M. Esteves<sup>492</sup>, indicando que há posturas que preconizam uma atuação do Judiciário muito mais comedida, limitando-se a atuar como “legislador negativo”, nos moldes preconizados por Kelsen; e há outras posições em defesa de um comportamento judicial extremamente ativo quando se trata de colmatar as lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo, de todo modo, devendo ser revisado o vetusto dogma da separação de poderes em relação ao controle de gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado Social; afirmando, por fim, que os poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

---

<sup>491</sup> ESTEVES, 2001, p. 76; afirma que “essa atuação objetiva não deve ficar restrita somente à análise a respeito de estarem ou não sendo desenvolvidas as políticas públicas necessárias e, ainda, se estas estão atingindo os objetivos estabelecidos pelo texto constitucional. É preciso que o Judiciário atue de forma ativa, anulando regras inconstitucionais, dando aplicação à norma infraconstitucional no caso concreto de forma que o resultado seja adequado aos objetivos constitucionais e supra omissões legislativas e administrativas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância dos outros poderes”.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 78.

Defendendo a subsidiariedade da atuação judicial em situações como as analisadas no presente trabalho, Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>493</sup> recomenda que a decisão judicial que interfira em políticas públicas, sobretudo quando imponha o dispêndio e/ou alocação de recursos públicos, deva ter presente o caráter excepcional de que se reveste, uma vez que mitiga a intervenção direta do Judiciário nas decisões sobre políticas públicas, a exemplo da efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, especialmente do direito à saúde.

Partidários da subsidiariedade da atuação judicial como decorrência da ineficiência do Poder Público, Juliano Ralo Monteiro<sup>494</sup> pondera que, se o Poder Legislativo agisse nos limites de sua competência, ao disciplinar a maneira que esses e outros direitos fundamentais seriam concretizados, não haveria necessidade de qualquer atitude do Judiciário; ou seja, várias demandas não precisariam ser judicializadas se o Poder Público agisse corretamente. Por sua vez, André Castro Carvalho<sup>495</sup> afirma que, se houver a política pública implementada, não há que se falar em omissão que legitime a interferência do Judiciário na implementação destas políticas; no entanto, na ausência de políticas que garantam efetivamente o direito à saúde, caberia a atuação do Poder Judiciário.

Assim, todos os Poderes Públicos estão submetidos à Constituição, porém nenhum deles detém a exclusividade de concretização de direitos fundamentais, na medida em que os preceitos constitucionais são autoaplicáveis. Como encarregado de velar pelo controle da constitucionalidade dos atos (e omissões) dos demais Poderes, o Judiciário obedece à Constituição quando, uma vez provocado pela parte interessada, cuida de determinar aos demais Poderes que cessem omissão violadora de direitos fundamentais, no caso, direitos sociais (direito à saúde), prestando o bem ou serviço almejado.

E essa interferência, quando exercida subsidiariamente, segundo o mesmo Eduardo Cambi<sup>496</sup>, não se consubstancia em usurpação de atividades do Executivo

---

<sup>493</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 148.

<sup>494</sup> MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 168.

<sup>495</sup> CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 26.

<sup>496</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 256.

ou Legislativo, configurando-se apenas numa complementação de uma atuação deficiente, a fim de se evitar lesões a direitos fundamentais e que estes se tornem fórmulas vazias nas mãos do legislador ou administrador que não tem vontade ou é incapaz de realiza-los.

Para Andréa Elias da Costa<sup>497</sup>, a subsidiariedade é uma forma de respeito à própria Constituição, ou seja, é o ponto de partida da atividade ativista do Judiciário, não lhe sendo lícito atribuir sentidos contrários ao Texto Constitucional, não se pretendendo dizer, por outro lado, que a atividade jurisdicional deva ficar presa a uma simples subsunção, isto é, à aplicação da norma ao fato concreto, sendo salutar que o juiz busque o verdadeiro sentido da norma, que ele exerça a atividade interpretativa sem invadir a competência do Legislativo e do Executivo criando normas ou estabelecendo políticas públicas.

Para Saulo Versiani Penna<sup>498</sup>, o princípio da subsidiariedade ainda revela uma outra vantagem: é o ponto de equilíbrio entre as formas conhecidas de controle da constitucionalidade dos atos governamentais (concentrado e difuso), na medida em que incentiva uma autonomia individual e a atuação de grupos intermediários, descentralizando o exercício do poder político pelos cidadãos, que são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários das normas.

Se a interferência judicial em matéria de políticas públicas voltadas ao direito à saúde deve ocorrer apenas subsidiariamente, ou seja, nunca inauguralmente, mas apenas por provocação do interessado e partindo da premissa de uma omissão administrativa violadoras da Constituição; dela emerge também o cuidado em manter o equilíbrio entre os bens jurídicos envolvidos, de modo a evitar que, ao atender uma necessidade particular, sacrifique-se a possibilidade de atendimento de outras coletivas, buscando-se, assim, uma harmonização entre esses bens e a preservação de seu máximo de conteúdo; ou seja, a busca de uma “concordância prática” entre eles<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54/55.

<sup>498</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 199.

<sup>499</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

Segundo Thiago Magalhães Pires<sup>500</sup>, diante de conflitos gerados pela tensão entre o constitucionalismo e a democracia, a postura do intérprete deve ser a conciliação das normas conflitantes através do que se convencionou chamar de “concordância prática”. Assim como na vida, a virtude está no meio, na ideia de encontrar um equilíbrio ótimo entre as normas, em que o grau de restrição a ambas não seja o mínimo possível, mas também legitimado argumentativamente através de um raciocínio ponderativo.

Assim, outro parâmetro a balizar a decisão judicial que determina ao Poder Público uma prestação material, a exemplo do fornecimento de medicamentos, é a proporcionalidade, que, por sua vez, pode ser compreendida pelo efeito estrito de contrabalancear, na “justa medida”, a desarrazoabilidade da omissão na política pública; como sugere Juliano Ralo Monteiro<sup>501</sup>.

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder<sup>502</sup>, havendo violação e arbítrio toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são apropriados ou quando for manifesta a desproporção entre os meios e o fim empregado. Desse princípio se extraem seus elementos aplicáveis no aferimento de situações concretas, objeto de decisões judiciais a respeito do fornecimento compulsório de medicamentos a particulares.

O primeiro desses elementos é a adequação (conformação, validade do fim ou da medida) à finalidade de interesse público que se intenta alcançar. O segundo elemento é a necessidade (ou proporcionalidade propriamente dita) de que a medida adotada não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, que o meio empregado seja aquele escolhido dentre os vários possíveis e que apresenta o menor malefício aos interesses do cidadão. E, por derradeiro, a proporcionalidade estrito senso, determinando que essa escolha recaia no meio ou conjunto de meios que levem em conta o conjunto de interesses em jogo, no caso, fazendo o sujeito se defrontar com uma obrigação de fazer uso dos

---

<sup>500</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do Direito com a Moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 47.

<sup>501</sup> MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165.

<sup>502</sup> Cf. MULLER, Pierre, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, V. 97, p. 531; *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 393.

meios adequados, mas também diante de uma interdição quanto ao uso de meios desproporcionados<sup>503</sup>.

Sob tais elementos, apesar de a interferência judicial no fornecimento de medicamentos ser medida excepcional e subsidiária, decerto deve não pode deixar de ser ampla, mas apenas até o ponto de não exceder o que o jurisdicionado normalmente obteria pelos meios normais para a exata solução de seu problema, caso não houvesse omissão ou ineficácia do Poder Público.

Ou seja, o Judiciário deferirá a prestação que coincida exatamente com o núcleo elementar da dignidade da pessoa humana afetada pela omissão estatal, não lhe sendo legítimo eleger prioridades orçamentárias ou julgar escolhas políticas feitas pelo Executivo ou Legislativo; conforme leciona Mariana Filchtiner Figueiredo, no sentido de que não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa<sup>504</sup>.

Para George Marmelstein<sup>505</sup>, embora os direitos a prestação possam ser exigidos judicialmente, cabe ao Judiciário impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que dentro do financeiramente possível, dentro do que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade, assim não desconsiderando os respectivos impactos orçamentários da decisão judicial, pois, na ausência de verdadeiros meios materiais de cumprimento dessa decisão, ela mesma restará desprestigiada.

Seria desproporcional, de fato, exacerbando-se a função de controle da constitucionalidade e manifestamente violando a separação de poderes, se o demandado obtivesse, através do Judiciário, uma prestação quantitativa e/ou qualitativamente superior ao que normalmente qualquer indivíduo, inserido naquele mesmo contexto socioeconômicos de escassez de recursos, obtivesse do Poder Público; o que transformaria o Judiciário em instância eminentemente política e fonte-mor das prestações materiais estatais, implicando grave desequilíbrio financeiro aos recursos públicos.

---

<sup>503</sup> BONAVIDES, *ibidem*, p. 396/398.

<sup>504</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201.

<sup>505</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 321.

Fabiana Okchstein Kelbert<sup>506</sup> recomenda que, ao garantir o mínimo conteúdo do direito pleiteado, o Judiciário não deixe de considerar as consequências orçamentárias de sua atuação. Aponta, igualmente, que a dimensão negativa da reserva do possível permite que determinadas prestações de direitos sociais sejam negadas se ficar comprovada a lesão à coletividade pelo esvaziamento do orçamento previsto para satisfazer prestações universais.

Para Ana Paula de Barcellos<sup>507</sup>, não seria razoável nem isonômico que o paciente que obteve tratamento por força de decisão judicial, em instituição privada, disponha de condições de atendimento muito superiores àquelas que vêm sendo dispensadas a quem é atendido pelo serviço de saúde prestado pelo Poder Público.

A propósito, Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>508</sup> exemplificam que no Estado de São Paulo, no ano de 2007, 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais foram gastos com apenas 30 mil pacientes, como decorrência de ações judiciais, quando o programa teria condições de atender a 400 mil pessoas.

Nessa percepção, Mônica de Almeida Magalhães Serrano<sup>509</sup> recomenda que a judicialização se insira num contexto de exercício democrático a assegurar um mínimo de dignidade, provocando o Executivo a buscar uma gestão mais eficaz das políticas públicas, capaz de contemplar ao menos a integridade física dos administrados; buscando-se, assim, através da judicialização, não uma concretização de prerrogativas utópicas e arbitrárias, mas condições mínimas de saúde, a evitar o próprio perecimento humano.

Desse modo, pelo parâmetro da proporcionalidade, o Judiciário deverá apenas suprir a falha na prestação de uma política pública já existente, preservando a dignidade e o direito fundamental em questão, determinando que a Administração Pública forneça o medicamento necessário ao restabelecimento da saúde do indivíduo, mas que, ou não esteja sendo fornecido no momento, ou ainda não conste em lista do programa de fornecimento obrigatório do governo.

---

<sup>506</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 131.

<sup>507</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 284.

<sup>508</sup> CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

<sup>509</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 127.

Seguindo o raciocínio proposto linhas acima, pelo parâmetro da proporcionalidade, o próximo parâmetro a ser debatido contempla a relação entre a indústria farmacêutica, a lista de distribuição gratuita do governo e o pleito judicial individual; considerando a possibilidade de que tais pleitos judiciais tenham como objeto medicamentos fornecidos administrativamente, mas circunstancialmente em falta; ou busquem o fornecimento de substâncias novas e ainda fora do comércio e, conseqüentemente, fora das listas de distribuição do governo (medicamentos experimentais); ou pretendam medicamentos existentes no comércio, mas que não são fornecidos pelo Poder Público por haver outros, de efeito similar e de custo menos elevado ao erário público.

Esse parâmetro tem como premissa básica, como revela Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>510</sup>, o fato de que o direito à saúde não é absoluto, não acarretando o direito ao financiamento de um tratamento livremente escolhido pelo paciente e que não decorreu de indicação médica específica; diante do que, havendo disponibilidade de tratamento adequado mais econômico, não poderia o indivíduo pretender que sua escolha pessoal prevaleça sobre a opção menos custosa para os cofres públicos em razão do caráter limitado dos recursos disponíveis.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>511</sup> segue nessa linha de pensar, ao explicar que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, que seja independente da existência de uma política pública que o concretize. Há, na verdade, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Especificamente quanto ao fornecimento de medicamentos pelo governo, Luiz Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes<sup>512</sup> advertem que não se pode aprovar e por em lista de distribuição gratuita toda e qualquer droga solicitada pelos laboratórios e indústria farmacêutica, sendo fundamental conhecer sua

---

<sup>510</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 141.

<sup>511</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484.

<sup>512</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

segurança à população antes de liberar seu uso. A inclusão de medicamentos em lista padronizada do SUS deve obedecer a dois parâmetros mínimos, a exemplo de, verificar se o “novo” medicamento não se trata apenas de fármacos já existentes, mas com pequenas alterações e preços muito mais altos, sem que apresentem efeitos superiores aos já utilizados; e a comprovação de que esse “novo” medicamento tenha efeito nitidamente superior aos já utilizados para a mesma indicação.

No nosso sentir, considerada premissa de que o direito à saúde não é absoluto, o que repercute na inclusão ou não de medicamentos em lista de distribuição gratuita do governo, o que deve ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinado medicamento; ou seja, se a não inclusão daquele medicamento se deu por simples atraso na atualização da lista oficial do governo ou por outra razão, como, por exemplo, a não recomendação daquela substância para o tratamento ou a mera repetição de seu princípio ativo, sendo que a preços muito mais elevados.

Se a substância é experimental, ainda sendo objeto de pesquisas clínicas em centros médicos ou laboratórios de ponta, todavia sem comprovação de sua eficácia, não tendo seu uso sido liberado comercialmente no exterior nem no Brasil, conseqüentemente estará ausente da lista governamental de fornecimento gratuito, por não se entender ainda existirem motivos para sua inclusão em lista de distribuição; não se mostrando razoável, como observam Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>513</sup>, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de sorte que o autor da demanda poderá estar servindo de “mera cobaia”, sendo violada a própria dignidade humana.

Em casos dessa espécie, acompanhamos o entendimento de que não deve ser deferido o pleito judicial de fornecimento compulsório de medicamentos dirigido contra o ente público, mesmo que o paciente aponte aquela substância como objeto

---

<sup>513</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

de sua pretensão judicial, como via de salvação de sua saúde e vida; na medida em que há outras questões a ponderar.

Primeiramente, há o risco de o Judiciário ser transformado em mecanismo de disseminação de produtos de alto custo em benefício exclusivo da indústria farmacêutica, obrigando o Poder Público a adquirir determinadas substâncias de eficácia ainda não comprovada, mas de alto custo; o que só beneficiaria o interesse particular e pontual dos laboratórios, em detrimento da satisfação do interesse público na prestação da saúde e do acesso universal da população às respectivas políticas.

Em segundo lugar, pesa o mencionado risco de redução das pessoas à condição de simples cobaias de testes de substâncias de alto custo e de eficácia ainda não comprovada, com financiamento público; sendo, portanto, afetada a sua irrenunciável dignidade, além de alimentar expectativas ainda infundadas de sucesso na terapia.

Por terceiro, deve ser considerado um dado pragmático para a vedação à substância experimental pela via judicial, a raridade das patologias cujo respectivo tratamento, mesmo que apenas de suporte, ainda não recebeu inclusão na lista de fornecimento obrigatório do Sistema de Saúde Pública ou, alternativamente, que não exista medicamento de eficácia comprovada disponível no mercado.

Assim, se o medicamento simplesmente está ausente da lista, sendo ou não comercializado no Brasil, mas com eficácia comprovada para aquela terapia, entendemos ser possível o deferimento do pleito e a cominação do Poder Público a prestá-lo; o que se justifica, nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes<sup>514</sup>, porque o conhecimento médico não é estanque e sua evolução, sendo muito rápida, é dificilmente acompanhada pela burocracia administrativa. Em contrapartida, a aprovação administrativa de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Porém, sob outra ótica, se a ausência do medicamento nas listas de fornecimento do SUS se dá em nome da similaridade com outros medicamentos alternativos e menos custosos para o erário público, não se pode olvidar o princípio basilar do acesso universal às ações e prestações da saúde, fornecidas através de

---

<sup>514</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

políticas públicas financiadas com os escassos recursos financeiros estatais; devendo ser indeferido o pedido.

Obrigar o Estado a financiar toda e qualquer prestação realmente poderia causar grave lesão à ordem pública, comprometendo todo o Sistema Público de Saúde. Em geral, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa do paciente, sempre que comprovada a eficiência da prestação pública já existente<sup>515</sup>; o que não significa dizer serem inquestionáveis, mormente em sede judicial, os protocolos clínicos e diretrizes do SUS<sup>516 517</sup>.

Entendemos, no mínimo, questionável, a decisão judicial que, usurpando das funções da Administração Pública, ingressa na questão técnica e científica, e decide pela alocação de recurso para a aquisição junto ao mercado de um medicamento que já conta com similar menos oneroso em lista de distribuição gratuita; posto que, em curto prazo, decisões assim terão o potencial de verdadeiramente desequilibrar as contas dos entes públicos, comprometendo todo o Sistema Público de Saúde.

Situação diversa é quando o medicamento está presente em lista do SUS, tendo sua eficácia comprovada, mas simplesmente está em falta (não está sendo momentaneamente disponibilizado) pelo ente público. Em situações assim, deve o Judiciário prontamente atender o pleito determinando ao ente público o fornecimento do medicamento, sob pena de multa diária e de ingresso compulsório nos cofres públicos, posto que não mais se justifica o não atendimento de necessidades básicas de saúde da população pela justificativa genérica de ausência de verbas, o que, na maioria dos casos, quer dizer que não foram observadas as prioridades constitucionais por parte do Administrador Público, merecendo a devida correção judicial.

Há, finalmente, um último, mas não menos importante, parâmetro a ser considerado quando da interferência judicial no fornecimento de medicamentos, e

---

<sup>515</sup> MENDES, *idem*, p. 73.

<sup>516</sup> Conforme se afirma na Suspensão de Segurança nº 3941-DF, STF, 2010.

<sup>517</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277; afirma que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção da sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde; sendo, certamente, penoso para o magistrado negar, por exemplo, um transplante ou medicamento importado, que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de que tais prestações não estão compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição e nem constam de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional.

cujo objeto se coloca exteriormente a toda discussão doutrinária e jurídica anteriormente tecida, exigindo bastante acuidade do julgador diante de situações concretas, em razão do risco de se ponderar devidamente acerca de todos os parâmetros acima mencionados na concessão de uma medida judicial de urgência e, no entanto, não se atinar para a possibilidade de o Judiciário estar sendo usado para satisfazer o interesse financeiro da indústria farmacêutica, veladamente, por meio de uma demanda de medicamento de alto custo, propiciando grave desequilíbrio das contas públicas e a possibilidade de atendimento universal da população.

Nos últimos anos, é notável o desenvolvimento da medicina em todas as suas áreas (novas tecnologias, fármacos mais seguros e eficazes, testes, diagnósticos mais sensíveis, cirurgias avançadas, novos materiais, possibilidade de cura de doenças até então incuráveis ou de difícil manejo), no entanto tais avanços conduziram a pressões da indústria do complexo tecnológico (médico-hospitalar) sobre o sistema<sup>518</sup>.

Normalmente, quando a vida humana está em risco, pouco haveria de se refletir se a concessão de determinado medicamento essencial à manutenção da vida poderia ou não ser concedida compulsoriamente pela via judicial. Todavia, como nos alertam Luiz Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes<sup>519</sup>, há que se levar em consideração esse “mito da urgência” na concessão de medicamentos, pois, pacientes que tenham risco de vida se não tomarem seus medicamentos em 24/48 horas geralmente encontram-se hospitalizados, já recebendo os medicamentos de que necessitam nos serviços de urgência ou internação. Entretanto, aproveitando-se da falta de conhecimentos médicos por parte da população e do Judiciário, a alegada urgência na concessão de medicamentos a pacientes não internados, na maioria dos casos, presta-se a burlar as normas estabelecidas, conferindo alguma vantagem ao interessado, seja ele médico, indústria farmacêutica ou escritório de advocacia que patrocina a causa.

---

<sup>518</sup> Cf. NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 144/145.

<sup>519</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71/72.

Justamente nesse ponto, firmam entendimento, destacando o aspecto negativo da judicialização da saúde, Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos Campino<sup>520</sup>, referindo alguns estudos<sup>521</sup> que revelam que a maioria dos beneficiados das demandas judiciais são “minorias privilegiadas”, que buscam o fornecimento de medicamentos “sem evidência científica para o uso solicitado”.

Referem ainda os autores<sup>522</sup> uma influência do setor industrial de medicamentos, através de suas campanhas de marketing sobre novos medicamentos, similares e outros em uso; mediante doação de presentes, como blocos de anotação com o nome do medicamento e o financiamento de cursos para a educação continuada em medicina, evidentemente direcionada.

Nesse processo, Barata e Mendes<sup>523</sup> apontam os pacientes como vítimas de uma forte influência da propaganda farmacêutica, de forma acrítica e massificante, tendo sua esperança de cura estimulada por propagandas enganosas. Sem a contrapartida avaliação mais criteriosa dos riscos e benefícios por parte de seus médicos, não poderiam deixar de desejar tais medicamentos, processando judicialmente o SUS para garantir esse fornecimento.

Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>524</sup>, a influência da indústria farmacêutica é uma questão que dever ser muito bem avaliada quando da judicialização do requerimento de medicamentos, havendo o risco de, indiretamente, o Judiciário, ao implementar uma política pública de saúde, deferindo determinadas solicitações, estar “contribuindo com ações artificialmente criadas por interesses privados”.

Nesse particular, é digna de atenção matéria jornalística veiculada pela Revista Época<sup>525</sup>, em 19/03/2012, intitulada “O paciente de R\$ 800 mil - a história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores

<sup>520</sup> CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

<sup>521</sup> A exemplo de: LOPES, L. C.; BARBERATO FILHO, S.; POLIMENO, N. C.; COSTA, A. C.; NAFHH FILHO, M.; CORREA, M. C.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. *In*: Seminário: Programa de Pesquisa para o Sistema Único de Saúde (PPSUS-SP) 2004-2007, 2008. São Paulo. Relatório de resultados dos projetos de pesquisa – Seminário PPSUS-SP, 2008, p. 27/28; *apud* CYRILLO; CAMPINO, *ibidem*, p. 34.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>524</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507.

<sup>525</sup> SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Época**. São Paulo, nº 722, p. 52-58, 19/03/2012.

desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde”.

No artigo, é contada a história de um paciente brasileiro que se submete ao tratamento mais caro do mundo, o medicamento “Soliris” (eculizumab), para amenizar as complicações de uma forma raríssima de anemia, denominada “hemoglobinúria paroxística noturna (HPN)”, causadora de vários problemas (decomposição excessivamente rápida dos glóbulos vermelhos) que podem levar à morte. Como não há cura, o medicamento deve ser ministrado para o resto da vida do paciente. O medicamento ainda não é vendido no Brasil. O custo do tratamento em questão atinge R\$ 35 mil a cada 15 dias; R\$ 70 mil por mês; mais de R\$ 800 mil por ano – à custa do SUS, posto que o paciente não tem condições de arcar com seu tratamento com seus próprios recursos.

Ao receber o diagnóstico, o paciente teve indicação de transplante de medula, tratamento oferecido pelo SUS e que é capaz de curar, com 50% de chances de sucesso, e 30% de chances de morte ou alguma complicação grave. No entanto, um médico da cidade natal do paciente o encaminhou para ser atendido de graça pelo hematologista do Hospital Sírio-libanês, em São Paulo/SP, que, por sua vez, indicou-lhe o nome uma advogada que entrara com ações judiciais contra a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, visando obter o medicamento junto ao Poder Público.

Muito embora alegue que decidiu cuidar do paciente de graça, por mero interesse científico, o hematologista do Hospital Sírio-libanês é pago pela fabricante do medicamento “soliris”, a Alexion, para dar aulas sobre a doença em questão, a “HPN”. A empresa junta um grupo de médicos e paga o citado hematologista para falar sobre a doença e o tratamento. Além disso, o atendimento do paciente, incluído no programa de filantropia do hospital Sírio-libanês, isenta aquele hospital de alguns impostos federais. No final das contas, como diz a reportagem, “quem paga o tratamento do rapaz num dos melhores hospitais do Brasil, é o contribuinte”.

Já a advogada que patrocinou a causa do paciente em questão é remunerada pela Associação Brasileira de “HPN”, uma ONG de pacientes que recebe apoio financeiro da Alexion, empresa que fabrica o “soliris”<sup>526</sup>. Das 34 ações

---

<sup>526</sup> A propósito, MENDES, 2012, p. 508; afirma: “é flagrante a existência de lobby da indústria e comércio de medicamentos, não apenas com os próprios médicos, mas também, atualmente, com os próprios usuários – inclusive com o apoio de algumas organizações não governamentais (ONG’s)”.

que culminaram com a obrigação do Estado de São Paulo de fornecer o medicamento, ela foi advogada em 28 delas. Segundo o Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, entrevistado na reportagem, “isso virou uma grande indústria”, pois alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo e as empresas financiam as ONG’s de pacientes e a isso tudo se associam os advogados.

Longe de se condenar a luta pela vida do paciente, mesmo que pela via judicial, e reconhecendo a demora com que o governo inclui nas listas de medicamentos com distribuição gratuita as drogas caras, ou mesmo a pouca atenção dada à majoração da verba orçamentária para cobrir satisfatoriamente as políticas de saúde<sup>527</sup>; chama a atenção na reportagem o claro esquema envolvendo a participação de médicos, advogados e a indústria farmacêutica, pondo em xeque o Judiciário, que, sem condições técnicas de avaliar a melhor escolha do medicamento, sua eficácia, efeitos adversos ou impacto orçamentário da sua concessão, é surpreendido com a alegação de que, sem o medicamento, a morte é eminente, e, assim, condena o gestor público a uma prestação que, para atender a um, desatende a uma vasta parcela da população<sup>528</sup>.

A reportagem veiculada pela Revista Época<sup>529</sup> denuncia, ainda, que quem mais se beneficia da judicialização são as empresas fabricantes de medicamentos. O alto custo dos medicamentos ameaçam cada vez mais os orçamentos para compra de remédios. A indústria farmacêutica justifica os valores altíssimos de suas

---

<sup>527</sup> Segundo SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. *In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 162/163; estima-se que em 2007, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que corresponde a aproximadamente 41% da população. Apesar das deliberações constitucionais, o Sistema Público de Saúde não consegue prover toda a demanda da população por produtos e serviços de saúde, principalmente em consequência do financiamento insuficiente.

<sup>528</sup> Para se ter uma ideia, a própria reportagem exemplifica que, no ano de 2010, o Estado de São Paulo gastou R\$ 700 milhões com ações judiciais para atender a 25 mil cidadãos; o que implica no comprometimento da metade do orçamento estadual para a distribuição regular de medicamentos a toda a população paulista (p. 55). Contudo, revela que nem todos os juízes entendem que o art. 196 da Constituição obriga o Poder Público a todo e qualquer tratamento solicitado (p. 55/56). No Rio Grande do Norte, o juiz Airton Pinheiro negou o pedido de fornecimento do “soliris” por entender que o SUS já oferece um tratamento para a doença (transplante) e que o fornecimento provocaria um abalo financeiro no orçamento público do Estado, prejudicando toda a coletividade dependente do Sistema público. Contudo, no Ceará, houve condenação do Estado àquela prestação, comprometendo 67% do orçamento para a compra de medicamentos básicos do município de Fortaleza inteiro para atender a quatro pacientes, autores das ações (p. 56). Como se vê, isso apenas reafirma a falta de uniformidade de parâmetros dessa espécie de prestação jurisdicional.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 57. Nesse sentido, MENDES, 2012, p. 508; afirma que, para realização de publicidade, os custos da indústria farmacêutica americana chegam a 33% de suas receitas.

drogas pelo investimento em longos anos de pesquisa, refinado pelo pequeno universo de consumidores, no caso das doenças raras, mas grande parte desses custos também está relacionada a investimentos vultosos de marketing para promover as novas marcas.

Outro exemplo referenciado pela bibliografia consultada, quanto à gravidade e cuidado que o Judiciário deve ter quando diante de demandas de medicamentos que envolvem alto custo, versa sobre a destinação diversa dos recursos obtidos judicialmente, supostamente à aquisição de medicamentos essenciais à manutenção da saúde e da vida do paciente, mas que foram aplicados em para outras finalidades.

A exemplo, Fernando Facury Scalf<sup>530</sup> refere notícia do jornal “Valor Econômico”, de 12/02/2007, intitulada “Governo do Rio Grande do Sul sofre bloqueios de conta para custear medicamento”, informando que os recursos obtidos pelo paciente e autor da ação judicial foram utilizados para adquirir um veículo, em vês dos alegados medicamentos.

Além de situação raríssima, mas que se empresta ao discurso contrário à judicialização de prestações materiais ligadas a direitos sociais, como é o caso da saúde e dos medicamentos; tal hipótese pode ser facilmente evitada tendo-se o cuidado de não repassar verbas bloqueadas das contas dos entes públicos diretamente ao paciente, mas sim ao fornecedor do medicamento pretendido.

### 5.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

Uma vez evidenciados os parâmetros de interferência judicial na concretização do direito à saúde, especificamente, quanto ao fornecimento de medicamentos, presentes na construção doutrinária anteriormente analisada; passaremos, doravante, a apontar a presença de alguns desses parâmetros constantes em decisões judiciais, ressaltando, entretanto, a inexistência de uma uniformização e sistematização apta a evitar uma discrepância qualitativa na

---

<sup>530</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148.

prestação jurisdicional<sup>531</sup>, indicando uma possível inconsistência metodológica e, sobretudo, uma insegurança jurídica, quanto aos resultados dessas decisões judiciais; confirmando, como dissemos anteriormente, a necessidade da construção de uma dogmática própria para esse tipo de controle de constitucionalidade da atuação (ou omissão) da Administração Pública.

A primeira e mais emblemática decisão judicial sobre o direito à saúde que analisamos é a multicitada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45, movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e julgada pelo STF, no ano de 2004; que teve a finalidade de efetivar dispositivo constitucional que estabelece percentual mínimo de gastos orçamentários com serviços públicos de saúde, no caso, os preceitos contidos na Emenda Constitucional nº 29/00.

Na oportunidade, questionava-se o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, do ano de 2003, que possibilitava que despesas governamentais da União, com encargos previdenciários, serviços da dívida e recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, fossem computadas no montante de gastos mínimos exigidos constitucionalmente para a saúde, criando distorção na política pública definida pela Constituição<sup>532</sup>.

A ADPF nº 45 perdeu seu objeto supervenientemente, sendo julgada prejudicada, em virtude de o Presidente da República ter remetido ao Congresso Nacional Projeto de Lei que restaurou a integralidade do §2º, do art. 59, da LDO (anteriormente, art. 55), fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto anterior, suprimindo a motivação para o ajuizamento da ADPF nº 45.

Mesmo tendo perdido seu objeto supervenientemente em razão da edição da Lei nº 10.777/2003, de idêntico teor ao dispositivo vetado<sup>533</sup>, não tendo sido objeto de decisão do plenário, as considerações monocráticas tecidas na ADPF nº 45, por seu relator, Min. Celso de Mello, no dispositivo declaratório de prejudicialidade, revelam-se paradigmáticas no Direito Brasileiro, no tocante aos temas da intervenção judicial em políticas públicas, por demonstrar uma tendência do posicionamento encontrável naquela Corte, que veio a se confirmar em

---

<sup>531</sup> Deferir ou indeferir, o quanto fornecer, que tipos de medicamentos, a influência dos custos, experimentais ou não; dentre outros questionamentos não satisfeitos.

<sup>532</sup> ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001, p. 123.

<sup>533</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346.

oportunidades posteriores; sendo apontada pela maciça literatura jurídica como referência no assunto.

Primeiramente, o STF reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional conferida àquela Corte e a adequação do meio processual empregado para a defesa de preceitos constitucionais, com isso atestando a possibilidade de legítima intervenção do Judiciário em políticas públicas com preservação da cláusula da separação de poderes (em sua leitura consonante com o Estado Democrático de Direito Constitucional), sendo objeto de considerações pelo relator da ADPF nº 45 a relatividade do poder discricionário do Administrador Público, que impediria aquela Corte de eximir-se do gravíssimo dever de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, dado que, inobstante a formulação e execução de políticas públicas dependerem de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, não se revelando absoluta a liberdade de conformação do Legislativo, tampouco a de atuação do Executivo<sup>534</sup>.

Além da preservação do princípio da separação dos poderes e da legitimidade da intervenção judicial na matéria, a decisão monocrática aqui estudada revelou também como parâmetro de interferência judicial a sua subsidiariedade, ao ressaltar que, embora não se inclua nas funções ordinárias do Judiciário a formulação e a implementação de políticas públicas, sendo de domínio primordial do Executivo e Legislativo, é possível recair, excepcionalmente, tal atribuição ao Judiciário, quando os órgãos estatais descumprem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, comprometendo a eficácia dos direitos fundamentais<sup>535</sup>.

No tocante a enxergar a cláusula da Reserva do Possível com “reservas”, o desdobramento daquela cláusula em duas dimensões, fática e jurídica, foi ventilado na decisão, assentando que, salvo justo motivo objetivamente aferível, o Poder Público não pode invocar a reserva do possível para simplesmente exonerar-se de seus deveres constitucionais, notadamente quando sua omissão causar aniquilação de direitos fundamentais.

---

<sup>534</sup> ESTEVES, *ibidem*, p. 124.

<sup>535</sup> O relator informou, na oportunidade, que as normas constitucionais programáticas não podem se converter em promessas insequentes, sob pena de o Poder Público, “fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Revela o relator da ADPF nº 45, citando Ana Paula de Barcellos<sup>536</sup>, que a meta das Constituições modernas é a promoção do bem-estar do homem, assegurando condições de sua própria dignidade – direitos individuais e condições materiais mínimas de existência. Ao se apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), revelam-se exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los, se poderá discutir a aplicação dos recursos remanescentes em outros projetos. Assim, sendo possível conjugar o mínimo existencial com a reserva do possível.

A preservação do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, considerado como o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, justifica a possibilidade de intervenção do Judiciário quando os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, como meio de viabilizar o acesso aos bens cuja fruição haja sido injustificadamente recusada aos indivíduos pelo Estado<sup>537</sup>.

Seguindo o posicionamento da paradigmática ADPF nº 45, autores como Thiago Marrara e Lydiá Neves Bastos Telles Nunes<sup>538</sup> exemplificam outras situações em que houve a necessidade de se estabelecer parâmetros de interferência judicial no tocante ao direito à saúde durante o julgamento de ações em curso.

A primeira delas, a proferida no ano de 2007, no Mandado de Segurança de nº 2006.006795-0, no qual a Ministra Ellen Gracie foi contrária ao fornecimento de medicamentos experimentais ausentes da lista do programa de distribuição o Ministério da Saúde, porque, segundo seu entendimento, as decisões judiciais interventivas poderiam abalar a ordem pública, já que as políticas de saúde buscam racionalizar os recursos financeiros através de uma escolha dentre o custo e o benefício na oferta de medicamentos e tratamentos.

Entendeu a Ministra que a oferta dos medicamentos nos termos pleiteados poderia comprometer os serviços básicos oferecidos à população, não sendo o caso

---

<sup>536</sup> Mais precisamente na obra: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar, 2002, p. 245/246.

<sup>537</sup> ESTEVES, *ibidem*, p. 124/125.

<sup>538</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydiá Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92/93.

de o Judiciário determinar sua entrega, mormente já havendo um tratamento oficial, descaracterizando a omissão do Estado na concretização do direito à saúde.

Concordamos com o pensar da Min. Ellen Gracie, no sentido de que, havendo medicamento adequado ao tratamento pleiteado e constante na lista do programa de distribuição governamental, não competiria ao Judiciário determinar o fornecimento de outro, de cunho experimental, ainda não recepcionado pela medicina brasileira e, dessa maneira, despojado da certeza de eficácia para o mal a ser combatido.

Entendemos que também resta observado o parâmetro da proporcionalidade, posto que a intervenção judicial limitou-se aos exatos termos do que o paciente carente obteria do Poder Público caso este funcionasse eficientemente; no caso, medicamento constante em lista de distribuição usualmente indicado ao seu tratamento; não sendo legítima a determinação judicial para o que disso transbordasse, dado o risco que representaria para a preservação da vida do paciente.

Além disso, limitando-se aos medicamentos contidos em lista oficial de distribuição gratuita pelo governo, a decisão judicial procurou respeitar o equilíbrio das contas públicas, não permitindo que o atendimento de poucos comprometesse toda a gama de atendidos com as políticas públicas de saúde, assim observando a verdadeira concepção da Reserva do Possível.

Por fim, quanto ao risco da cartelização da saúde, o indeferimento da pretensão foi positiva, pois contribuiu para evitar que o Judiciário se transformasse em fornecedor de matéria-prima humana para a indústria farmacêutica, não permitindo que ampla parcela da população carente, que desesperadamente recorre ao Judiciário, seja reduzida a cobaias de substâncias de alto custo e de eficácia ainda não comprovada.

Já na segunda decisão citada pelos mesmos Marrara e Nunes<sup>539</sup>, o pedido de Suspensão de Segurança nº 3.941/DF<sup>540</sup>, trata de pleito ajuizado pelo Município de Fortaleza, contra decisão liminar do Tribunal de Justiça Cearense, no Mandado de Segurança nº 2009.0014.9351-0, que determinou àquele Município,

---

<sup>539</sup> 2010, p. 92/93.

<sup>540</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23-3-2010, DJe-057, pub. 30-3-2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=57&dataPublicacaoDj=30/03/2010&incidente=2694086&codCapitulo=6&numMateria=40&codMateria=7>>. Acesso em 02 maio 2012.

solidariamente com o Estado do Ceará, o fornecimento de medicamentos e insumos requeridos por particulares.

Insurgiu-se o Município de Fortaleza, alegando grave lesão à ordem e à economia pública, na medida em que não se via obrigado ao fornecimento de medicamentos de alto custo, mas apenas os básicos, cabendo tal responsabilidade aos Estados e à União.

O STF, através de decisão prolatada em março de 2010, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, obtemperou que o direito à saúde é estabelecido como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, considerando que a doutrina constitucional brasileira de há muito vem se dedicando a definir os limites nos quais o direito à saúde se traduz num direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passíveis, portanto, de demandas judiciais, reconhecendo, ainda, que essas demandas judiciais têm gerado tensões com os formuladores e aplicadores das políticas de saúde.

Como forma de superar essas tensões, a decisão do STF inova pela formulação de variados critérios para se buscar justiça nos diversos casos concretos envolvendo o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, tais como, o exame da situação fática do cidadão perante os deveres estatais de natureza prestacional ou a motivação do Estado para a denegação de um bem ou serviço envolvendo o direito à saúde<sup>541</sup>.

Nessa linha de raciocínio, deve ser verificado, por exemplo, se a prestação estatal almejada pelo sujeito estaria incluída dentre as políticas públicas previstas pelo SUS, considerando-se que a intervenção judicial não se dá de modo absoluto, criando-se política pública, mas apenas determina que o Poder Público cumpra uma já existente; sendo, de todo modo, privilegiado o tratamento oferecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

A decisão também não considera como inquestionáveis os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, posto que o rápido avanço das pesquisas médicas dificilmente é acompanhado pela burocracia administrativa, mas também entende, citando precedentes daquela mesma Corte, que não se pode condenar o

---

<sup>541</sup> MARRARA; NUNES, *ibidem*, p 93/94.

Estado a prestar tratamentos experimentais, cuja eficácia ainda não foi cientificamente comprovada, sendo tais casos relegados às normas que regem a pesquisa médica.

Em caso negativo, se a prestação almejada não fizer parte de política pública, haverá que se diferenciar se houve omissão na elaboração da política devida (omissão legislativa), se não houve cumprimento de política já existente (omissão administrativa) ou se existe alguma vedação para a entrega do remédio ou prestação (vedação legal). Analisa-se, sob essa ótica, a motivação para o não fornecimento daquela prestação, posto que há casos em que o SUS não fornece determinado serviço ou mercadoria pela ausência de comprovação científica suficiente para autorizar sua inclusão nas políticas oficiais de saúde.

O STF entendeu que a ausência dos insumos alimentares e dos medicamentos solicitados poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes e, quanto à possibilidade de intervenção judicial nessas situações, amparou-se no precedente da já citada ADPF nº 45/2004, no qual se destaca a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental e a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial; indeferindo o pedido de suspensão. Assim, ficou claro que o custo do medicamento eficaz ao tratamento de saúde não é, de per si, óbice ao seu fornecimento pelo Estado, mormente quando verificada a simples ausência daquele produto em lista oficial de distribuição.

Ainda sob exame a influência do custo do medicamento no pleito de fornecimento obrigatório, citamos a decisão proferida pelo STF, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG – STF<sup>542</sup>, mantendo antecipação de tutela concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que determinou à União, ao Estado de Minas Gerais e ao Município de Belo Horizonte, o fornecimento de medicamento de alto custo, importado e não constante em lista de fornecimento gratuito pelo Poder Público<sup>543</sup>, sob pena de sequestro de verbas dos cofres públicos.

---

<sup>542</sup> Cf. KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 114/116; sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. 22/12/2008, pub. 03/02/2009.

<sup>543</sup> “Elapraxe” (Idursulfase), para menor, portador de “Mucopolissacaridose Tipo II” (Síndrome de Hunter).

O pedido de suspensão de tutela antecipada, ajuizado pelo Estado de Minas Gerais, fundou-se em lesão à saúde e à segurança públicas, em razão de o custo anual do tratamento atingir um patamar de mais de dois milhões e meio de Reais; na violação do princípio da reserva do possível, na ingerência indevida do Judiciário nas funções do Executivo, na afronta ao planejamento orçamentário e na possibilidade de efeito multiplicador de demandas daquela natureza. Na decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, o STF novamente ponderou acerca das causas para a não-prestação do medicamento: se decorre de uma omissão legislativa ou administrativa ou se decorre de uma simples decisão de não-fornecer.

Cotejando o alto custo do medicamento e o direito à saúde do interessado, entendeu o STF que o simples fato de o medicamento ter alto custo não se consubstancia causa para o seu não-fornecimento, visto que a política de dispensação de medicamentos excepcionais visaria contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras. Mais ainda, que a ausência do medicamento poderá causar grave e irreparável dano à saúde e à vida do paciente.

Nessa perspectiva, o Recurso Extraordinário nº 657.718 RG/MG - Minas Gerais<sup>544</sup>, sob relatoria do Min. Marco Aurélio, ainda não foi julgado no mérito ao tempo da finalização do presente trabalho, todavia merece ser destacada pelo fato de ser ter sido decido pela existência de repercussão geral, ou seja, foi reconhecida naquele Recurso a existência de interesse da sociedade diante da demanda judicial voltada ao fornecimento obrigatório pelo Estado de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Diante da obrigação do Estado de assegurar o direito à saúde através da entrega de medicamento, questiona-se no Recurso se essa obrigação abrangeria medicamento sem registro na ANVISA.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que não, sob pena de se perpetrar autêntico “descaminho”. Tal decisão provocou o Recurso Extraordinário por parte da Defensoria Pública.

Embora o Recurso ainda esteja pendente de decisão pelo STF, ao momento de nossa pesquisa, é possível supor, através da decisão que reconheceu presente a

---

<sup>544</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=657718&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

repercussão geral<sup>545</sup>, que a possível orientação a ser tomada pela Corte deva seguir o mesmo rumo de decisões anteriores, acima relatadas, nas quais o STF indeferiu o fornecimento de medicamentos experimentais, mas deferiu o fornecimento de medicamentos de alto custo, imprescindível ao restabelecimento da saúde, uma vez ausente similar em lista oficial do governo, sob o argumento de que o indeferimento do pedido traria irreparáveis danos ao indivíduo portador de doença rara e o custo

---

<sup>545</sup> Decisão de 17/11/2011, publicada no DJe de 11.05.2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em 28 ago. 2012. Acórdão: SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. (*omissis*). O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.09.567017-3/002, entendeu que, apesar de o direito à saúde encontrar previsão nos artigos 6º e 196 da Carta da República, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. Ressaltou a inexistência de direito absoluto e, na hipótese, ante a prevalência do interesse coletivo bem como dos princípios insertos no artigo 37 do Diploma Maior, a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis. Citou como precedente a Suspensão de Segurança nº 3.989/PI, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O acórdão impugnado encontra-se assim ementado (folha 125): SUS FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA IMPOSSIBILIDADE. Não se recomenda o deferimento de pedido de medicamentos não aprovados na ANVISA Conclusão aprovada por maioria no 1º Curso do Fórum Permanente de Direito à Saúde, realizado no dia 9 de agosto de 2010 neste Tribunal. Se o medicamento indicado pelo médico do agravante não possui registro na ANVISA, não há como exigir que o Estado o forneça, já que proibida a sua comercialização. Os embargos de declaração interpostos não foram providos. No extraordinário protocolado com alegada base na alínea a do permissivo constitucional, a recorrente articula com ofensa aos artigos 1º, inciso III, 6º, 23, inciso II, 196, 198, inciso II e § 2º, e 204 da Carta Federal. Sustenta ser dever do Estado garantir o direito à saúde, mostrando-se descabida a situação em que portador de doença grave não disponha do tratamento compatível. Assevera que o argumento de falta de previsão do remédio na lista do Sistema Único de Saúde não encontra guarida ante a responsabilidade do ente federativo. Ressalta ser a vedação de importação e de uso de medicamento distinta da ausência de registro na ANVISA. Afirma que a aplicação da chamada teoria da reserva do possível não exige o administrador de cumprir com as obrigações constantes no Texto de 1988. Requer, ao final, a concessão de tutela antecipada em virtude do estado de saúde precário. No tocante à repercussão geral, anota a relevância econômica e social da questão, cuja importância requer que o Supremo examine o tema do direito fundamental à saúde quando há necessidade de fornecer-se medicamento imprescindível ao bem-estar e à vida de um cidadão. O Estado de Minas Gerais, nas contrarrazões, defende a ausência do requisito da repercussão geral, a imprescindibilidade de análise da matéria fático-probatória e a violação indireta aos mencionados dispositivos constitucionais. O extraordinário foi admitido na origem. 2. (*omissis*). O tema é da maior importância para a sociedade em geral no que, de início, cumpre ao Estado assegurar a observância do direito à saúde, procedendo à entrega do medicamento. Surge, então, o questionamento: em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA há a obrigatoriedade de o Estado o custear? A resposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi em sentido negativo e ao Supremo cabe a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. 3. Pronuncio-me pela existência de repercussão geral. 4. (*omissis*). 5. (*omissis*). 6. (*omissis*). Ministro Marco Aurélio. Relator.

do medicamento não comprometeria o serviço de saúde como um todo nem desequilibraria o orçamento do ente estatal.

Em sede infraconstitucional, também é possível observarmos a expressão de alguns parâmetros interferência judicial em direitos prestacionais, conforme decisões do Superior Tribunal de Justiça, abaixo referidas.

Na primeira delas (Recurso Especial nº 1159382/SC – STJ), verifica-se a responsabilidade solidária dos Poderes Públicos das três esferas (Federal, Estadual e Municipal) quanto à prestação do direito à saúde, não sendo possível a qualquer um deles a alegação de ilegitimidade passiva<sup>546</sup>.

Na segunda decisão (Recurso Especial nº 1136549/RS – STJ), observamos que resta superada a alegação de violação da separação de poderes como empecilho à realização de direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, que controla a constitucionalidade da atividade (e, no caso, da inércia) administrativa, podendo inclusive, como se deu no caso em análise, determinar a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político a fim de tutelar direito correlato ao conceito de mínimo existencial<sup>547</sup>.

---

<sup>546</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010). 2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010).

<sup>547</sup> ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPOINABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp

No pedido de Suspensão de Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 957 – STJ<sup>548</sup>, o STJ manteve a decisão monocrática de instância judicial inferior, que determinou ao município de Lagoa Vermelha, no Rio Grande do Sul, o custeio de uma cirurgia de redução de estômago à portadora de obesidade mórbida, em 30 dias, sob pena do depósito de R\$ 13.600,00; posto que, no caso, não foram comprovados, de forma inequívoca, o prejuízo à ordem ou à saúde públicas, apto a causar danos concretos aos bens protegidos pela Lei nº 8.437/92 e a intervenção imediata e excepcional daquele Tribunal; especialmente porque referia-se ao custeio de cirurgia a uma única pessoa.

A Ação Ordinária nº 2008.33.00.904628-4, do Juizado Especial Federal Cível, da Seção Judiciária do Estado da Bahia, e respectivo Agravo Regimental nº 200801000421665, tramitado no Tribunal Regional Federal – TRF 1ª Região; é mencionado por Bruno Espiñeira Lemos<sup>549</sup> como uma análise crítica de decisão do TRF da 1ª Região, em matéria de direito à saúde e concessão de medicamento.

Trata-se de uma decisão monocrática antecipatória de tutela, que, por sua vez, fora mantida pelo Tribunal, em sede de Agravo Regimental, e confirmada em decisão final de procedência do pedido. O paciente é portador de diabetes tipo 1, desde 01 ano de idade, necessitando de *insulina lantus* e *insulina humagologlispro* como imprescindíveis ao seu tratamento e manutenção da sua vida, tendo seu pleito deferido, culminando com a condenação solidária do Município de Salvador, do Estado da Bahia e da União ao fornecimento dos ditos medicamentos, sob pena de multa diária de cem Reais para cada um dos acionados.

Bruno Espiñeira Lemos<sup>550</sup>, contudo, é incisivo ao atacar os termos da decisão do Tribunal Regional, que manteve a decisão antecipatória de tutela, enumerando vários vícios por ele encontrados.

---

771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

<sup>548</sup> Julgado em 13.10.2008 (Re. Min. César Asfor Rocha), *cf.* CAMBI, *op. cit.*, p. 402.

<sup>549</sup> LEMOS, Bruno Espiñeira. Sobre o Direito Público à saúde: simbólica análise crítica de precedente com potencial irradiador em busca do 'caminho do meio' (afastamento das *absolutizações* não razoáveis). In: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43/62.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 50/51. "A um só tempo, a referida decisão esgotou todo o mérito da ação, vulnerando o art. 1º, da Lei 9.494/97, e o art. 1º, §3º, da Lei 8.437/92; desconsiderou o protocolo clínico, além de invadir o cerne das decisões do Executivo, cuja onerosidade seria desnecessária aos cofres públicos, considerando mesmo que os protocolos médicos reconheceram a existência de tratamento apto a cuidar da enfermidade, ou seja, existindo medicamento com os mesmos efeitos disponibilizados pelos SUS; agiu de forma contrária à lei, pois admitiu a importação de medicamento cuja utilização não é

Pela análise das razões expostas pelo autor, é possível verificar sua discordância quando o fornecimento de medicamentos pela via judicial quando não se observa a lista de distribuição obrigatória do governo e a demanda incide sobre produto de alto custo e de uso não autorizado no Brasil, a despeito de similar disponibilizado pelo SUS. Como já expusemos anteriormente, nossa ressalva quanto a decisões como a que ora analisamos recai no verdadeiro desequilíbrio das contas públicas e na violação do princípio da universalidade de acesso ao serviço público que ela causa, ao se determinar o fornecimento de produto de alto custo, não usado no Brasil, havendo medicamento similar em lista oficial de distribuição gratuita.

Como não é possível atender a toda e qualquer necessidade humana em razão da finitude dos recursos públicos, a inobservância da existência de medicamento indicado em lista oficial para aquela patologia, em prol de outro, de alto custo e não comercializado no país, permite o uso de grande parcela de recursos públicos para o atendimento de uma só pessoa, gerando a impossibilidade de se atender a grande parcela da população.

Justamente por essa razão, num país de severas dificuldades em se suprir as necessidades básicas da população, como é o Brasil, entendemos que a prestação a ser conferida pelo Judiciário, dada a excepcionalidade de que deve se revestir a situação, deve corresponder exatamente ao que o indivíduo obteria do Poder Público caso este funcionasse satisfatoriamente, ou seja, eficaz e proativamente; não coincidindo com produto de alto custo e ausente de listas oficiais, mas sim com o que é fornecido a todo e qualquer sujeito para aquela

---

autorizada pela ANVISA, trazendo ainda lesão à saúde pública em função da utilização dos escassos recursos destinados a um sem-número de outros pacientes, em benefício de um só cidadão; desconsiderou que o medicamento de alto custo é aquele inserido no rol taxativo da Tabela SAI-SUS, e a Lei Federal 6.360/66, em seu art. 6º, parágrafo único c.c. o art. 19, veda a importação de medicamentos sem prévia manifestação do Ministério da Saúde, o que encontra respaldo também no art. 12 da Lei 9.782/99 e na Lei 10.742/03; negou a imprescindibilidade de se seguir o protocolo do SUS, de forma vinculante, como a melhor maneira de se conferir efetividade à política de acesso a medicamentos de alto custo; desconsiderou que os tratamentos experimentais não se incluem no Sistema Único de Saúde, nem devem ser incluídos, sob pena de esvaziamento da política de saúde; mitigou política pública, ferindo a economia e a ordem administrativa (*omissis*); não observou que a variabilidade da prática médica e o complexo contexto existente entre o mundo acadêmico e a indústria de medicamentos fomentaria uma perversa e equivocada busca pelo medicamento de alto custo como 'última salvação'. (*omissis*) feriu a isonomia, a economia, a ordem e o interesse público, além de autorizar despesas não previstas, sem a devida autorização legislativa. (*omissis*) concedeu pleito sem que inexistisse prova inequívoca da eficácia do modelo da insulina requerida, somando-se à circunstância de que o SUS disponibiliza insulinas com melhores controles glicêmicos (Portaria 2.583/07). (*omissis*) concedeu a tutela para que se fornecesse medicamento experimental, de altíssimo custo e somente disponível no mercado internacional”.

patologia, na medida em que o próprio STF vem se posicionando pela preferência ao tratamento oferecido pelo SUS.

Ademais, por mais nobres que fossem os propósitos da decisão judicial, o fornecimento compulsório de medicamentos experimentais, via Judiciário, pode beneficiar, única e tão-somente, a indústria farmacêutica, que encontraria nos pacientes as cobaias perfeitas para os testes de substâncias cuja eficiência não foi comprovada, fomentando o que chamamos de “cartelização da saúde” com participação direta do Poder Judiciário; o que deve ser evitado a todo custo. Como adverte Gilmar Ferreira Mendes<sup>551</sup>, indiretamente o Judiciário, ao implementar política pública e deferir determinadas solicitações, pode estar contribuindo com ações artificialmente criadas por interesses privados.

O Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.055409-6/SC – TRF 4ª Região e Suspensão de Segurança nº 2998/RN – STF são referidos por Monica Serrano<sup>552</sup>, relatando interessante decisão que confirmou decisão monocrática proferida em primeiro grau, que condenou, solidariamente, a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Chapecó, a fornecer a todas as pessoas medicamentos necessários para o tratamento de sua saúde, independentemente de constar na lista de fornecimento do Governo (RENAME). O desembargador relator alegou em suas razões que a justificativa de que o fornecimento afetaria a sistemática de distribuição estabelecida pelo SUS seria uma forma de dissimular a violação do direito à saúde, e, conseqüentemente, ao princípio da pessoa humana. A autora posiciona-se favoravelmente com o conteúdo da referida decisão, na medida em que afirma não se justificar o não reconhecimento do direito à saúde para resguardar a integridade e a vida do cidadão porque o medicamento não está incluído em lista oficial, a qual não é absoluta e prevê apenas medicamentos destinados às necessidades básicas e prioritárias da população.

No nosso sentir, se a lista oficial do governo contém apenas medicamentos ligados às necessidades básicas e é acordante com as prioridades eleitas pela política pública ligada à saúde, isso ocorre em razão da (verdadeira) escassez de recursos públicos para atender absolutamente a toda e qualquer necessidade humana e, no caso de medicamentos, dada a impossibilidade de se inserir naquela

---

<sup>551</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507.

<sup>552</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 126.

lista todo e qualquer medicamento, diante da realidade socioeconômica brasileira. Assim, a decisão judicial que determina fornecimento de medicamento de alto custo, não constante em lista oficial, havendo similar distribuído pelo sistema público e com a mesma aplicação, desequilibra verdadeiramente as contas públicas, compromete o acesso igualitário à ampla parcela da população, além de servir de escoadouro de medicamentos novos à população, cuja eficácia ainda não foi comprovada, no único interesse da indústria farmacêutica.

Como dissemos anteriormente, a lista de medicamentos oficial do governo não é absoluta, no sentido de que admite questionamentos quanto à sua atualização, diante dos avanços médico-científicos, das descobertas de novas substâncias e doenças. Tanto é assim que a Organização Mundial de Saúde recomenda a revisão daquela listagem a cada dois anos<sup>553</sup>, de modo a contemplar novos compostos de eficácia comprovada, não sendo cabível, sob nosso entendimento, ao Judiciário julgar pela inclusão ou não de medicamento em lista, cuja elaboração compete à Administração, tampouco determinar a entrega de medicamentos não constantes em lista, havendo distribuição oficial de outro, com o mesmo potencial terapêutico, sem incorrer numa ampliação desarrazoada de suas funções.

Ressaltamos, entretanto, que não estamos afirmando que é vedado ao Judiciário determinar o fornecimento de medicamento já comercializado no Brasil e de eficácia comprovada, porém não constante em lista oficial, se este, por comprovada recomendação médica, consubstanciar-se na única terapia indicada a salvar a saúde e a vida do jurisdicionado.

Em síntese, deve ser privilegiada a terapia ou medicamento que o jurisdicionado normalmente receberia do Poder Público para sanar o mal que lhe acomete (território nacional e lista de distribuição de medicamentos oficial) e, apenas não existindo, deva ser buscado alternativas aptas a salvar a integridade do indivíduo.

Nesse particular, a própria autora<sup>554</sup> aponta que na decisão do STF sobre a Suspensão de Segurança nº 2998/RN, sob julgamento da Min. Ellen Gracie, foi decidido que o tratamento pleiteado pelo indivíduo deve ser realizado em nível nacional, mas, caso não exista para o caso concreto tratamento adequado e eficaz

---

<sup>553</sup> SERRANO, *idem*, p. 125.

<sup>554</sup> SERRANO, *idem*, p. 128.

no Brasil, deve ser resguardado, excepcionalmente, no exterior, quando devidamente comprovada a necessidade e imprescindibilidade do mesmo.

## 6 CONCLUSÃO

Podemos concluir pelo desenvolvimento apresentado na presente dissertação pela legitimidade da interferência judicial em políticas públicas, quanto à concretização do direito fundamental à saúde, no aspecto particular do fornecimento de medicamentos, cujos custos não podem ser suportados financeiramente pelo indivíduo, não significando essa interferência uma violação do princípio da separação de poderes, tampouco da reserva do possível.

Antes de se chegar a essa constatação inicial e tratar do objetivo central de nosso trabalho, qual seja, a construção de parâmetros aplicáveis a esse tipo especial de interferência judicial, foi preciso, primeiramente, superar alguns paradigmas presentes na cultura jurídica, que vêm servindo de obstáculo argumentativo e ideológico a essa interferência judicial.

O primeiro desses paradigmas refere-se à tese da mera programaticidade de normas constitucionais alusivas a direitos sociais e a consequente impossibilidade de judicialização de políticas públicas em razão de que tal ordem de direitos pertenceriam exclusivamente à esfera discricionária do âmbito político.

Verificamos que os direitos fundamentais devem ser contemplados com o mesmo raciocínio de unicidade, indivisibilidade e interdependência característicos dos direitos humanos, não se sustentando mais a tese de que determinada gama de direitos são normas programáticas, enquanto outros seriam dotados de juridicidade e coercibilidade imediata; dado que todas as normas da Constituição gozam de aplicação imediata, vinculando todas as esferas do Poder Público.

O segundo paradigma a ser superado em direção à verificação da legitimidade das decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos, trata da possível exacerbação de funções na atuação do Poder Judiciário, sendo violado o princípio da separação de poderes.

Notamos que o crescimento histórico da atuação do Poder Judiciário, especialmente à luz da supremacia e da normatividade da Constituição, guarda proporção com a verificação da constitucionalidade dos atos e omissões estatais; trazendo ao debate temas como o ativismo judicial e a judicialização da política.

Se o ativismo judicial é tão condenado pelos seus opositores, a ponto de significar exacerbação de funções e risco às contas públicas, foi preciso averiguar quais seriam os principais pontos de objeção doutrinária.

De início, pode ser constatado que não existe uma uniformidade conceitual para a expressão “ativismo judicial”, sendo marcada pela imprecisão e superficialidade desde sua origem, característica da qual se valem seus opositores para disseminar uma conotação negativa ao ativismo judicial.

No entanto, pudemos verificar que essa irresignação doutrinária quanto às decisões judiciais tachadas pejorativamente de “ativistas”, recaem exclusivamente quando o seu conteúdo obriga o Administrador Público a prestações materiais correlatas a direitos fundamentais sociais, voltados à promoção e proteção da igualdade substancial, como se dá com o direito à saúde e a entrega de medicamentos. Por outro lado, existem outras expressões de ativismo, tanto conservador quanto progressista, que não vêm recebendo qualquer oposição doutrinária no sentido de usurpação de funções, permitindo-nos perceber se tratar apenas de uma disputa ideológica que coloca o tema para alguém da discussão jurídico-doutrinária.

No tocante à possível violação do princípio da separação de poderes, concluímos que tal princípio, em sua acepção clássica, tende a dificultar a articulação entre os Poderes estatais e a concretização de direitos fundamentais, merecendo em dias atuais ser revisto e adequado a uma perfeita sincronia e harmonia entre os Poderes, em nome da proteção e promoção de direitos fundamentais e da dignidade humana.

Quanto ao paradigma da reserva do possível, constatamos que tal cláusula ou limite fático-financeiro à realização de direitos tem seus méritos como instrumento de razoabilidade na aplicação dos escassos recursos públicos às infinitas necessidades humanas; mas constatamos que, no contexto nacional, ela vem sendo deturpada e aplicada somente para servir de justificativa genérica dos governantes para suas omissões e desinteresses para com as prioridades constitucionais essencialmente ligadas à dignidade da pessoa humana e a direitos relativos ao princípio da igualdade material, como é o caso do direito à saúde.

O desenvolvimento teórico da reserva do possível permitiu-nos constatar que a disponibilidade fática (existência) de recursos financeiros difere da disponibilidade jurídica desses meios (orçamento), focando-se maior atenção para o relativo grau de discricionariedade das decisões políticas que destinam recursos para setores não primordiais da existência humana em nosso país, enquanto grande parcela da população padece por falta de condições mínimas de existência digna.

Como último paradigma, abordamos a tradicional classificação dogmática dos direitos fundamentais e os possíveis obstáculos para a realização de direitos sociais advindos dessa classificação, podendo constatar o efeito nocivo à concretização de direitos fundamentais que essas classificações provocam, pois permitem florescer um equivocado entendimento de que algumas espécies de direitos devam aguardar a livre discricionariedade política do Administrador Público e a existência de recursos financeiros, enquanto outras não; formando a ideia de uma suposta hierarquia constitucional quanto à determinada categoria de direitos fundamentais sobre outras, quando não há.

O Constitucionalismo do Estado de Direito Social Democrático, cujo principal fundamento reside na proteção dignidade da pessoa humana, em toda a amplitude que a expressão permite compreender, não pode mais admitir o tratamento dado aos direitos fundamentais sociais como se fossem pertencentes a uma categoria inferior ou secundária de direitos humanos, mormente aqueles ligados a um dever estatal de oferecer, através de políticas públicas, prestações materiais capazes de contribuir para o atingimento da igualdade em sua dimensão material.

Uma vez atingido nosso objetivo primário, de ultrapassar os paradigmas anteriormente descritos, visando a satisfazer positivamente o critério de legitimidade da interferência judicial quanto ao fornecimento de medicamentos; passamos, então, a tratar do objetivo central de nosso trabalho, o de oferecer uma contribuição para a construção dogmática de limites e possibilidades dessa atuação, ou seja, a formação de parâmetros de concretização judicial do direito fundamental à saúde no fornecimento de medicamentos, diante de um eventual comprometimento da relação harmônica entre os Poderes Estatais e do respeito à própria Constituição, que poderia advir de decisões que contenham um alto grau de subjetivismo e, portanto, de insegurança jurídica.

Nesse propósito, apontamos dispersos na doutrina e em algumas decisões judiciais o germen da formação de parâmetros de interferência judicial na concretização do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, mas verificamos que não se sedimentaram ainda critérios uniformes que permitam aferir uma completa segurança quanto aos limites e possibilidades da interferência, principalmente nas primeiras instâncias judiciais.

Diante dessa lacuna, sugerimos, como primeiro parâmetro de interferência judicial no fornecimento de medicamentos, a promoção e preservação da dignidade

da pessoa humana e do mínimo existencial, cuja violação não é de difícil constatação nessas hipóteses, se partirmos do pressuposto da intrínseca correlação dignidade-saúde-vida, mormente em casos de necessidade urgente de medicamentos fornecidos pelo governo.

A falta do medicamento constante em lista oficial significa a patente sonegação de um mínimo necessário à existência digna do indivíduo, e, em última análise, a sonegação de um mínimo necessário à sua própria existência, na medida em que sua saúde e vida dependem do medicamento; podendo, por essa mesma razão, ser sanada judicialmente tal omissão inconstitucional.

Como decorrência dessa preservação da dignidade da pessoa humana e do controle da constitucionalidade dos atos e omissões do agente público por parte do Judiciário; outro parâmetro de atuação judicial sugerido pelo presente trabalho repousa na observância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, significando a impossibilidade de o julgador alegar a falta de competência constitucional do Judiciário para tratar de tema alusivo a políticas públicas, no caso, voltadas à concretização do direito fundamental à saúde, sob o argumento de que pertenceriam ao exclusivo poder discricionário do Administrador.

Sob o critério de um possível refreamento da atividade jurisdicional pela cláusula da reserva do possível, concluímos que a interferência judicial na concretização do direito à saúde, particularmente quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, não deve ser refreada pelo argumento de lesão à ordem e à economia públicas ou provável desequilíbrio das contas do ente estatal, haja vista que nas decisões pesquisadas as tutelas de urgência foram mantidas em grau de recurso, pelos respectivos tribunais superiores, por não ser verificar, senão abstratamente, a lesividade alegada pelo ente público; invertendo-se, contudo, o ônus da prova, em desfavor da Administração, quanto à demonstração do esgotamento de seus recursos financeiros e a impossibilidade de prestar aquele medicamento.

Constatamos que o alto custo do medicamento solicitado, de *per se*, não configura óbice ao deferimento do pleito, posto que não contém lesividade patente aos cofres públicos, mas sim, lesividade imediata à saúde do paciente, devendo este status axiológico superior ser privilegiado no sopesamento das razões da decisão favorável ao pedido.

Outro parâmetro que deve receber especial consideração do julgador é a subsidiariedade de sua atuação; ou seja, o recurso às vias judiciais deverá visar apenas a dar concretude às políticas públicas já existentes, não sendo possível ao Judiciário criá-las ou mesmo decidir sobre a alocação de recursos públicos. Nessa mesma ótica, o fornecimento de medicamentos via judicial deverá partir de uma premissa de ineficiência e/ou omissão estatal, hábeis a violar direito fundamental, fazendo cessar aquela violação pela atuação do Judiciário, e, com isso, manter a harmonia e independência dos Poderes estatais.

Correlacionado ao anterior, o parâmetro da proporcionalidade na interferência judicial pauta o julgador pelo critério de não oferecer ao indivíduo nada além do que ele poderia obter do Poder Público caso o fornecimento de medicamentos funcionasse eficientemente. Ou seja, o julgador deverá se empenhar para coincidir a prestação jurisdicional com a prestação administrativa insatisfeita, provendo o indivíduo do estrito necessário a uma existência digna num cenário de escassez de recursos.

Quanto ao parâmetro alusivo à relação entre a indústria farmacêutica e a lista de medicamentos de fornecimento gratuito pelo Poder Público, verificou-se que o direito fundamental à saúde, não sendo absoluto, deverá ficar adstrito à pretensão de medicamentos existentes no comércio, respeitando-se, prioritariamente, aqueles constantes em listas de fornecimento obrigatório, portanto já analisados e recepcionados pelo órgão administrativo e com efeito satisfatório para o tratamento daquela patologia, em detrimento de similares mais caros e ausentes em lista de distribuição.

Não constando ainda em lista de distribuição oficial, mas sendo comercializável e de eficácia comprovada, entendemos como possível a Administração Pública ser condenada a prestar determinado medicamento necessário à saúde do paciente, posto que sua ausência em lista oficial pode ser questionada e, até mesmo, suprida, considerando-se o fato que a burocracia administrativa não consegue acompanhar a velocidade das pesquisas médicas e o surgimento de medicamentos mais eficazes ou tratamentos menos sofridos ou arriscados; tendência já seguida por algumas decisões judiciais e pelo Legislativo, através de Leis e Projetos ainda em tramitação.

Contudo, quanto aos medicamentos experimentais, ainda não comercializados e, muito menos, constantes em listas de distribuição oficial, ou seja,

aqueles cuja aplicação e eficiência terapêutica para determinada patologia ainda não foi atestada suficientemente pelas autoridades sanitárias; foi possível concluir que não se pode compelir a Administração a prestá-los, justamente por respeito à irrenunciável dignidade do paciente, que impossibilita a sua transformação em cobaia da indústria farmacêutica.

A relação entre a indústria farmacêutica e a inclusão de medicamentos em listas de distribuição gratuita remete atenção para com o último parâmetro de atuação aqui sugerido, alusivo ao risco de cartelização da saúde, ou seja, de ser o Judiciário usado como meio de satisfação dos interesses comerciais daquela indústria, através de ações movidas com o objetivo de compelir a Administração ao fornecimento de medicamentos novos e de alto custo, em lugar de terapias similares, já oferecidas à população, através de uma articulada vinculação de laboratórios, médicos e advogados, que transformaria o Poder Judiciário num instrumento de financiamento da indústria farmacêutica.

Diante do que foi apresentado na presente pesquisa, entendemos terem sido atingidos os objetivos propostos, sendo respondida positivamente a problemática apresentada, quanto à necessidade da formação dogmática de parâmetros de atuação do Judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos, e, assim, termos contribuído para a formação de uma reflexão crítica sobre o verdadeiro papel do Judiciário, assim como das possibilidades e limites de sua atuação, na defesa dos direitos fundamentais sociais, particularmente quanto ao direito à saúde.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 205/223.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60/78.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101/132.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50/91.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo. C. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-Modernidade. *In*: FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da pessoa humana (fundamentos e critérios interpretativos)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 239/266.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 387/401.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19/05/2010.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 29/2000**: Presidência da República, 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 180 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. DJU de 14 set. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm)>. Acesso em 28/11/2012.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.606/2011**: Câmara dos Deputados. Dispõe sobre a dispensação de medicamentos para doenças raras e graves, que não constam em listas de medicamentos excepcionais padronizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509247>>. Acesso em 19/06/2013.

BRASIL. **Lei nº 12.732**, de 22 de novembro de 2012: Presidência da República, 2000. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm)>. Acesso em 19/06/13.

BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 597/624.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175/186.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Ed. Coimbra, Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Baracha (coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11/31.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo**. Colección Estructuras y procesos, Série Derecho. 2ª ed. Editorial Trotta: Madrid, 2005.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 13/45.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *In* FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 475/498.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 47/60.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95/114.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27/41.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 459/473.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal** (Coleção Prof. Gilmar Mendes). São Paulo: Método, 2001.

FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 233/252.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 711/746.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255/276.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129/142.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMOS, Bruno Espiñeira. Sobre o Direito Público à saúde: simbólica análise crítica de precedente com potencial irradiador em busca do ‘caminho do meio’ (afastamento das *absolutizações* não razoáveis). *In*: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43/62.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155/173.

MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydía Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79/96.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas (o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 157/175.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível – uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NETO, Arnaldo Bastos Santos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. Ano 17. Jan-Mar 2009. nº 66. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Martins Fontes. São Paulo, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed, 2011.

NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143/161.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 289/309.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 499/528.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 271/312.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do Direito com a Moral. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 29/72.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da política – A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O Acesso à justiça. A municipalização da Justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)**. Ano 08. Nº 33. São Paulo: RT, 2000, p. 68/78.

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

REZENDE, Nanci Figueiroa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222/236.

RIBEIRO, Eduardo Moreira. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 07. São Paulo: Método, 2008.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Judicial das Políticas Públicas. *In*: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coords.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23/41.

SAKURAI, Sérgio Naruhiko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1/15.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS) *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42/59.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13/50.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)**. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 389/427.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 73/113.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267/302.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133/153.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Época**. São Paulo, nº 722, p. 52-58, 19/03/2012.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da, Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais, *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 77/94.

SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162/177.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 313/357.

SOUZA, Roberto Lima de; RICARTE, Júlio Cezar Marques. **Hino da Campanha da Fraternidade 2012**. Disponível em <<http://www.paulus.com.br/appendix/2845.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2013.

**SS nº 3.941/DF – Distrito Federal**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23-3-2010, DJe-057, pub. 30-3-2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=57&dataPublicacaoDj=30/03/2010&incidente=2694086&codCapitulo=6&numMateria=40&codMateria=7>>. Acesso em 02 maio 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm)>. Acesso em 13 agosto 2003.