

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

## **ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

**ROMUALDO PAULO MARCHINHACKI**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz**

**Itajaí-SC**

**2014**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e pela saúde que me permitiu vencer mais esta etapa.

Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz pelo exemplo e valoroso apoio intelectual na realização deste trabalho acadêmico.

A todos os professores do Curso de Mestrado da Univali e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste estudo.

## **DEDICATÓRIA**

A minha esposa Dulce, minhas filhas Raissa e Jordana,  
minha gratidão pelo apoio incondicional, incentivo e  
tolerância nas ausências do convívio familiar.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 31 de janeiro de 2014.

**Romualdo Paulo Marchinhacki**

**Mestrando**

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

## ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADPF</b>	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>AMB</b>	Associação dos Magistrados do Brasil
<b>ANVISA</b>	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
<b>CRFB</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
<b>CC/2002</b>	Código Civil de 2002
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>CNJ</b>	Conselho Nacional de Justiça
<b>CONASS</b>	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
<b>CONASEMS</b>	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
<b>LOA</b>	Lei do Orçamento Anual
<b>LDO</b>	Lei de Diretrizes Orçamentárias
<b>MC</b>	Medida Cautelar
<b>MI</b>	Mandado de Injunção
<b>PPA</b>	Plano Plurianual
<b>RENAME</b>	Relação Nacional de Medicamentos
<b>STA</b>	Suspensão de Tutela Antecipada
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>SUS</b>	Sistema Único de Saúde
<b>TJSC</b>	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
<b>TRF4</b>	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
<b>TSE</b>	Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>15</b>
<b>ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2. O FENÔMENO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>19</b>
<b>1.3 ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>23</b>
<b>1.4 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES FRENTE AO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>28</b>
<b>1.5 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....</b>	<b>36</b>
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>54</b>
<b>JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>54</b>
<b>2.1. CONCEITO E ASPECTOS GERAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>54</b>
<b>2.2 FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.1 PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>62</b>
<b>2.3 COMPETÊNCIA PARA PLANEJAMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>68</b>
<b>2.4 FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>72</b>
<b>2.4.1 FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>83</b>
<b>2.5 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>91</b>
<b>2.6 ASPECTOS NEGATIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>100</b>
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>106</b>
<b>O DECISIONISMO JUDICIAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....</b>	<b>106</b>
<b>3.1 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>106</b>
<b>3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....</b>	<b>115</b>
<b>3.3 O ACESSO À JUSTIÇA <i>VERSUS</i> O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....</b>	<b>121</b>
<b>3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA.....</b>	<b>126</b>
<b>3.5 O DECISIONISMO JUDICIAL E SUA INTERFERÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....</b>	<b>129</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>148</b>
<b>REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>154</b>

## RESUMO

A presente Dissertação está inserida na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, linha de pesquisa Direito e Jurisdição e consiste em uma análise dos principais aspectos que envolvem o controle jurisdicional de políticas públicas, numa perspectiva da atuação dos órgãos jurisdicionais na consecução de sua atividade de controle e aplicação normativa, especialmente das normas garantidoras dos direitos fundamentais sociais e os limites dessa atuação no Estado Democrático de Direito. A abordagem do tema parte da noção de ativismo judicial e do protagonismo do Poder Judiciário e a compatibilidade dessa forma de atuação dos órgãos jurisdicionais com o sistema democrático e com o princípio da separação dos poderes. A judicialização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais de prestação é abordada numa perspectiva que admite o exercício do controle pelo Poder Judiciário, como consequência da jurisdição constitucional, respeitando, entretanto, a competência dos demais poderes para formular e implementar as políticas. Na análise do direito constitucional à saúde, área em que prosperam estudos e decisões fundadas em argumentação baseada em princípios, o texto se propõe a fazer um estudo da teoria do garantismo, como contraponto ao decisionismo judicial, mas que impõe ao administrador as escolhas que mais se compatibilizem com a satisfação dos direitos fundamentais e que sejam adequadas às necessidades sociais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica efetuada com a finalidade de propiciar maiores elementos para o debate em torno do assunto especialmente quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário. As conclusões apontam no sentido de que a judicialização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais é possível quando se verificar que há uma omissão do Poder Executivo na sua implementação. Entretanto, a implementação de políticas públicas através de atuação ativista ou decisionista do Poder Judiciário não é boa para a democracia, pois acaba afastando o povo das decisões governamentais.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Políticas Públicas. Judicialização. Direito à Saúde. Decisionismo Judicial.

## ABSTRACT

This Dissertation is in the area of concentration Fundamentals of Positive Law, and the line of research Law and Jurisdiction. It analyzes the main aspects involved in the judicial control of public policies, from a perspective of the performance of the jurisdictional bodies in fulfilling their activity of control and regulatory enforcement, particularly of the guarantor legislation of fundamental social rights, and the limitations of that role in a Democratic State. The theme is addressed starting with the concept of judicial activism and the role of the Judiciary Power, and the compatibility of this form of action of the courts with the democratic system and the principle of separation of powers. The legalization of the public policies that guarantee fundamental rights to provide public policy is discussed from a perspective that acknowledges the exercise of control by the judiciary, as a consequence of the constitutional jurisdiction, while respecting the competence of the other powers to formulate and implement policies. In the analysis of the constitutional right to health, an area in which there have been many studies and decisions based on principled argument, the text analyzes the theory of guarantism, as opposed to judicial decisionism, but that requires of the administrator choices that are most compatible with the satisfaction of the fundamental rights, and that are appropriate to the social needs. A literature survey is conducted for the purpose of providing wider elements for the debate around the subject, particularly in regard to the limits of performance of the judiciary. The findings suggest that the judicialization of public policy guarantors of fundamental rights is possible when it is found that there is an omission of the Executive Power in its implementation. However, the implementation of public policies through activist or decisionist action by the Judiciary Power is not good for democracy, as it distances the people from government decisions.

**Keywords:** Judicial Activism. Public Policy. Judicialization. Right to Health. Judicial decisionism.

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar o ativismo judicial, a judicialização e o decisionismo judicial na perspectiva da atuação dos órgãos jurisdicionais na consecução de sua atividade de controle e aplicação normativa, especialmente das normas garantidoras dos direitos fundamentais sociais, bem como os limites dessa atuação no Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais de prestação, em razão de requererem uma intervenção positiva direta por parte do Estado, foram considerados, no início de sua positivação nos textos constitucionais, de caráter programático. Desse modo, dependiam da edição de normas legislativas de integração e estavam sujeitos à discricionariedade do administrador para serem efetivados.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência recentes vêm se posicionando favoráveis à tese de que é possível a intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial para a própria sobrevivência do indivíduo, visando dar efetividade aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Com isso, observa-se um considerável aumento das demandas judiciais para a efetivação dos direitos fundamentais de prestação, resultado de um longo período de distanciamento do direito das questões sociais. Tal panorama gerou uma grande demanda reprimida, principalmente pelo fato de o Poder Executivo não conseguir atender, em toda a extensão, aos direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

A partir da fixação do entendimento, inclusive com decisões do Supremo Tribunal Federal, de que os direitos fundamentais possuem um grau mínimo de efetividade, a grande maioria dos pedidos, individuais ou coletivos, pleiteando a efetivação de algum desses direitos é prontamente deferida pelos tribunais e juízes singulares.

Em nome da efetivação dos direitos fundamentais, tornaram-se comuns decisões determinando, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de alto

custo, próteses importadas, tratamento experimental para doenças incuráveis, o atendimento de dezenas de vagas em estabelecimentos de ensino, etc.

Num exame das decisões judiciais diariamente deferidas, nota-se que, em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão e, muito menos, com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento, esquecendo-se de que os recursos públicos são limitados.

Surge aí a discussão sobre os limites da atuação jurisdicional, pois a administração dos recursos públicos destinados ao atendimento das políticas públicas compete única e exclusivamente ao Poder Executivo. Logo, não poderia o Judiciário imiscuir-se nessa tarefa e impor a destinação de recursos a situações individualizadas, em desacordo com as metas traçadas pelo Executivo.

Nesse aspecto, argumenta-se que haveria perigo na destinação ao Judiciário de tarefas e atribuições que são próprias do Poder Executivo. Alegam os críticos que o problema seria o de transformar o juiz em administrador das finanças, obras e prioridades públicas, ferindo o princípio da independência entre os poderes, ou seja, substituir-se-ia um governo legitimamente eleito pela vontade de um agente público não legitimado para tanto.

Uma vez firmado o entendimento de que o Poder Judiciário pode intervir para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, a pretensão do presente estudo é identificar os elementos que integram essa questão e como o Poder Judiciário poderá atuar sem transformar-se em formulador de políticas públicas.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O ativismo judicial, a judicialização e o decisionismo interferem na formulação das políticas públicas e na aplicação dos recursos públicos, podendo caracterizar ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao regime democrático;

b) Com a judicialização das políticas públicas, especialmente na área da saúde, o Poder Executivo efetua o remanejamento de verbas orçamentárias para atender decisões judiciais, resultando, com isso, que outros direitos de igual ou até de maior relevância, deixem de ser oferecidos, em razão das limitações orçamentárias.

c) O atendimento do direito constitucional à saúde em toda à sua

extensão ou plenitude àqueles que recorrem ao Poder Judiciário, pode caracterizar ofensa ao princípio da igualdade, na medida em que o acesso à justiça não é oferecido de forma plena e não atinge aos mais necessitados.

Com base nessas premissas, o resultado do trabalho em exame está exposto na presente Dissertação, em três capítulos, cujos conteúdos seguem de forma sintetizada.

Preliminarmente, far-se-á uma breve abordagem histórica do ativismo judicial e sua evolução no tempo, com a demonstração dos efeitos causados no sistema democrático, bem como uma análise da compatibilidade dessa forma de atuação com a democracia e com o princípio da separação dos poderes, que não permite a substituição de um poder pelo outro.

Em seguida, são analisadas algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal consideradas ativistas, bem como a introdução da súmula vinculante em nosso sistema normativo, considerada por parte da doutrina como elemento impulsionador do ativismo judicial, na medida em que vem sendo utilizada para disciplinar matérias que deveriam ser veiculadas pela legislação ordinária.

No Capítulo 2, examinar-se-á a judicialização das políticas públicas, partindo da análise das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais de prestação e estabelecendo a diferença entre políticas públicas de Estado e políticas públicas de Governo, afetas ao campo da discricionariedade administrativa do Executivo. Essa análise inclui os argumentos contrários à judicialização e os aspectos negativos dessa forma de atuação, que, muitas vezes, beneficia apenas quem tem acesso ao Poder Judiciário em detrimento das políticas públicas estabelecidas para toda a população.

Na seqüência, pretende-se demonstrar que cabe aos poderes públicos a formulação das políticas públicas, bem como o seu planejamento e implementação, dando ênfase, entretanto, para a participação popular nesse processo, especialmente através dos chamados Conselhos Deliberativos, como ocorre no direito à saúde. Ainda no Capítulo 2, será analisado o financiamento das políticas públicas e sua vasta regulamentação legislativa, incluindo a análise da chamada cláusula da reserva do possível e as limitações orçamentárias.

No Capítulo 3, será apresentado o tema culminante da pesquisa com a

discussão do decisionismo judicial e o direito constitucional à saúde. Partindo da análise histórica dos direitos fundamentais e suas gerações até a normatização do direito à saúde na CRFB de 1988, que tem proporcionado intermináveis debates sobre a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário, a pesquisa analisa a questão do acesso à justiça. Nesse ponto, aborda-se a intervenção judicial que permite, em muitos casos, a implementação de serviços comparáveis a nível privado para alguns à custa da desestruturação do Sistema Único de Saúde – SUS e do distanciamento dos princípios do acesso universal e igualitário.

Em contraponto ao ativismo e decisionismo reinantes quanto ao direito à saúde, na seqüência se fará uma análise da teoria geral do garantismo, abordada como forma adequada de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais de prestação pelo Poder Judiciário. Essa teoria não se configuraria como uma interferência na formulação das políticas públicas reservadas ao Poder Executivo, tendo em vista que propõe o resgate do princípio da legalidade.

E, por último, será analisado o decisionismo judicial como protagonismo do Poder Judiciário, o qual, ampliando a sua discricionariedade, passa a assumir uma função ligada a questões que perpassam pela política, especialmente quanto ao controle judicial sobre os atos administrativos e a incompatibilidade dessa forma de atuação com o sistema democrático e demais princípios constitucionais.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são sintetizados pontos conclusivos destacados e as contribuições e estímulos à continuidade dos estudos e reflexões sobre o tema, com enfoque no seu aspecto normativo que abrange a Ciência do Direito, visto que as discussões acadêmicas e jurisprudenciais centram-se em considerações filosóficas e valorativas acerca da importância do direito à saúde.

Quanto ao método utilizado, registra-se que na fase de investigação<sup>1</sup> foi utilizado o método indutivo<sup>2</sup>; já na fase de tratamento de dados, foi utilizado o

---

<sup>1</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 12<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Conceito Editorial Editora, 2011. p. 83.

<sup>2</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 86.

método cartesiano<sup>3</sup>; e o relatório dos resultados foi elaborado com a utilização da base lógica indutiva.

As técnicas de investigação utilizadas foram as técnicas do referente<sup>4</sup>, da categoria<sup>5</sup>, do conceito operacional<sup>6</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>7</sup>.

Com isso, pretende-se que a pesquisa possa servir para instigar o estudo dos aspectos teóricos que envolvem o direito fundamental à saúde e sua implementação por meio de decisões judiciais, com enfoque dogmático e a partir de uma perspectiva garantista dos direitos fundamentais, na qual a atuação jurisdicional vai além da legalidade formal, mas sem desviar-se para o ativismo ou decisionismo.

---

<sup>3</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidenciar, dividir, ordenar e avaliar), ver PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 88.

<sup>4</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 54.

<sup>5</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 25.

Releva observar, desde logo, a ausência do rol de categorias no início do presente relatório, em razão de que se optou por apresentá-las ao longo do trabalho com os seus respectivos conceitos operacionais.

<sup>6</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 37.

<sup>7</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 207.

# CAPÍTULO 1

## ATIVISMO JUDICIAL

### 1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Poder Judiciário nos últimos tempos vem mudando a sua forma de atuação, passando a adotar uma postura mais ativa em discussões de cunho político<sup>8</sup>, especialmente em relação à produção legislativa e ao atendimento dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, muito embora os membros do Judiciário não sejam agentes públicos eleitos pelo voto popular, ou seja, não são representantes diretos do povo.

Numa análise histórica, verifica-se que o distanciamento do Direito das questões sociais por um longo período fez com que, com o advento do Estado Social e do constitucionalismo, as demandas sociais reprimidas fossem direcionadas ao Poder Judiciário, em razão da inércia do legislador em alguns casos e também em função de o Poder Executivo não conseguir atender, em toda a extensão, às demandas decorrentes dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

Entretanto, no Estado Democrático de Direito, o princípio da separação dos poderes impõe: que o legislador promulgue leis gerais e abstratas, não se imiscuindo na prática de atos administrativos, ou do governo, nem proferindo sentenças; que o Executivo execute as leis e não as promulgue; e que o Judiciário só aplique o direito e não crie disposições jurídicas gerais e abstratas.

Assim, ao juiz, na condição de intérprete da lei, é permitida a criação da norma ou do direito apenas no caso concreto, não sendo possível a criação do direito com eficácia e força vinculante nos provimentos judiciais.

Analisar esta forma de atuação do Poder Judiciário é importante para o conhecimento de sua evolução no tempo, bem como para uma melhor compreensão dos efeitos causados no sistema democrático e da compatibilidade dessa atuação ativa dos membros do Judiciário com a democracia.

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista do Direito do Estado, v. 4, nº. 13, p.71-91, jan. 2009.

Para os adeptos da teoria positivista, não há espaço para o ativismo judicial, pois o ordenamento jurídico é completo e, por essa razão, sempre terá resposta para o caso concreto; e mesmo quando se constatarem lacunas far-se-á a interpretação com a aplicação das normas positivadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito<sup>9</sup>, leciona que:

A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isto também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente.

De acordo com esta teoria, o ordenamento jurídico é completo, não havendo a possibilidade de existência de lacunas e, conseqüentemente, não há como o Poder Judiciário criar uma norma jurídica, pois a completude no ordenamento jurídico sempre apresentará resposta ao caso concreto.

O positivismo jurídico entende como direito tudo o que é positivado pelo Estado, de forma que o direito é resultado da vontade e da ação do Estado, havendo, portanto, uma separação entre direito e justiça. Assim, considerando que a decisão judicial é a exteriorização da função jurisdicional e implica a produção judicial do próprio direito, é importante analisar se a decisão pode ou não ir além do direito positivado.

É cediço que a validade da ordem jurídica positiva não depende de critérios morais e justos, devendo obediência à hierarquia de normas, da qual, segundo a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen e aceita por Bobbio<sup>10</sup>, a Constituição extrai sua validade da norma fundamental, as normas federais extraem validade da Constituição e as normas específicas extraem validade das normas gerais e assim sucessivamente,

---

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: *Reine Rechtslehre*. p. 273-274.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 49.

constituindo todas as fontes do direito, um ordenamento único.

### Segundo Hans Kelsen em sua Teoria Geral do Direito e do Estado<sup>11</sup>

A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da norma jurídica inteira, constitui a sua unidade.

Norberto Bobbio, embora aceite a teoria da construção escalonada, reconhece a existência de lacunas ou de incompletude no ordenamento jurídico, o que, segundo ele, ocorre “não no sentido de falta de uma norma a ser aplicada, mas de falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada”. Em outros casos, a lacuna pode se verificar quando “não há a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa<sup>12</sup>”.

Nesses casos, Bobbio afirma que “Para se completar o ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos chamados de heterointegração e de auto-integração<sup>13</sup>”, ressaltando sua preferência pelo método de “auto-integração que se apóia na analogia e nos princípios gerais do direito<sup>14</sup>”.

Desse modo, o próprio sistema normativo resolverá o impasse da existência de lacunas mediante a analogia e os princípios gerais de direito, fazendo-se a interpretação à luz das normas positivadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Entretanto, com o surgimento da teoria do chamado pós-positivismo, defende-se que o estudo das normas jurídicas deve levar em consideração outros fenômenos sociais, permitindo admitir princípios como normas, que prevalecem quando colidirem com as regras, surgindo, assim, a jurisprudência fundamentada em valores<sup>15</sup>. A partir desse entendimento, a função jurisdicional vai além daquilo que foi

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: *General Theory of law and state*. p. 181.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 145-146.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 147.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 150.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 225:23, jul./set. 2001.

estabelecido no próprio ordenamento, ocorrendo o ativismo judicial.

No Estado Constitucional Democrático, o pós-positivismo, ou constitucionalismo, limita o poder e impõe respeito aos direitos fundamentais e a democracia estabelece o poder fundado na vontade da maioria.

A partir do Estado Constitucional<sup>16</sup>, passa-se a ter uma preocupação com a efetividade da Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais consagrados em seu texto, exigindo-se do administrador que utilize o poder político para a efetivação das disposições constitucionais.

Com o neoconstitucionalismo, surge uma nova forma de interpretar o próprio constitucionalismo, rompendo a postura positivista fortemente arraigada no Poder Judiciário e que passa a exigir uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, em especial da Constituição, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o juiz, portanto, no processo de criação da norma jurídica.<sup>17</sup>

Nesse contexto, segundo Paulo Bonavides<sup>18</sup>, será necessário que ao Judiciário não falte “juízo crítico, espírito de análise, energia, convicção e, sobretudo, consciência ética com que sustentar e propagar e defender aquele breviário de mandamentos da democracia e da justiça [...]”, cabendo-lhe, desse modo, uma postura ativa, como efetivo guardião das promessas da modernidade.

Diante desse modelo de Estado Constitucional, é que se passa a admitir, além da revisão das normas produzidas pelo legislativo, o controle judicial sobre os atos praticados pela Administração Pública, em especial os discricionários, relacionados às políticas públicas.

Lenio Luiz Streck<sup>19</sup> observa que a fórmula do Estado Democrático de

---

<sup>16</sup> De acordo com Sérgio Cademartori "O Estado constitucional marca o caráter plenamente normativo e vinculante das Constituições, implicando na superação da redução positivista do Direito à lei e do jurídico ao legislativo. Deste modo, os direitos fundamentais passam a se constituir em matérias sobre as quais os poderes do Estado não podem dispor, uma vez que se constituem no fundamento de legitimidade do próprio Estado e expressão inarredável das democracias modernas. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a concretização dos direitos fundamentais positivos é o dever primeiro do Estado, condição de legitimidade dos poderes constituídos." CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2ª. ed. Campinas (SP): Millennium, 2007, p. 06-26

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p.11.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da**

Direito destina-se, justamente, a instrumentalizar o Direito como um campo privilegiado na concretização dos direitos sociais, mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário.

Em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>20</sup>, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, todo aquele que se configurar como titular de um direito ameaçado ou lesado e que preencha as condições para a propositura da ação, poderá invocar a tutela jurisdicional, compreendida como o poder conferido ao Judiciário de dizer o direito no caso concreto.

A função jurisdicional, nos dizeres de Paulo Márcio Cruz<sup>21</sup>, pode ser definida “como a aplicação – ou declaração – do Direito preexistente. Em outras palavras, é a aplicação do Direito a um caso ou conflito concreto de uma regra geral previamente existente”.

Por meio da jurisdição, o Poder Judiciário atua, segundo Sergio Cruz Arenhart<sup>22</sup>, não apenas como “mera boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, “mas como verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar”.

Entretanto, o surgimento de um judiciário ativista leva a questionar até que ponto, sob o argumento da interpretação, pode-se permitir a criação do próprio direito, com eficácia vinculante para todos, pelo Poder Judiciário ou a implementação de políticas públicas que, pelo princípio da separação dos poderes, devam ser decididas por representantes da sociedade que ocupam cargos eletivos.

## 1.2. O FENÔMENO ATIVISMO JUDICIAL

---

construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 8 set. 2012.

<sup>21</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 118.

<sup>22</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 9 set. 2012.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>23</sup>, o ativismo judicial tem suas origens na jurisprudência norte-americana, quando a Suprema Corte passou a ter uma atuação mais proativa em relação a questões sociais, como a segregação racial. Esse fenômeno do judiciário como instrumento de transformação social teve início com a decisão *Brown v. Board of Education*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que acabou com a segregação racial, o que contrariou a maioria do Congresso e da própria população norte-americana.<sup>24</sup>

É importante aqui lembrar que os Estados Unidos e a Inglaterra adotam o sistema jurídico do *common law*, em que a jurisprudência é a principal fonte do direito, permitindo uma atuação ativista da magistratura, diferentemente dos sistemas de *civil Law*, nos quais, segundo René David, “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros<sup>25</sup>”.

Por isso, Elival da Silva Ramos afirma que o ativismo judicial encontra-se “mais próximo dos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos poderes<sup>26</sup>”.

Para os neoconstitucionalistas, o ativismo judicial seria um estágio mais avançado do processo de organização democrática, no qual o judiciário assume seu papel de verdadeiro defensor da Constituição, complementando o processo de democratização. Há quem defenda, porém, que o ativismo é apenas uma expansão do pensamento constitucional norte-americano, baseado na ideia de uma Suprema Corte forte e que interpreta a Constituição para além de seu próprio texto.

Carlos Portugal Gouvêa<sup>27</sup> é da opinião de que

[...] vários autores norte-americanos que não conseguiram realizar reformas sociais com base na interpretação constitucional extensiva nos Estados

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista do Direito do Estado. V. 4, n. 13, jan. 2009, p.71-91.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p.71-91.

<sup>25</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2ª ed. bras. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*. p. 120.

<sup>26</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>27</sup> GOVÊA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>. Acesso em 30 nov. 2013.

Unidos acabaram se dedicando a tentar exportar suas teorias para países em desenvolvimento, como a África do Sul, a Colômbia, a Argentina e também para o Brasil.

Afirma, ainda, o mesmo autor que essa mudança legal através do ativismo nos Estados Unidos não eliminou o racismo e a desigualdade social naquele país. “Da mesma forma, as elogiadas decisões da Suprema Corte da África do Sul, expoente do novo constitucionalismo, não impediram o substancial aumento da desigualdade naquele país após o fim do Apartheid<sup>28</sup>”.

Feitas essas considerações sobre as origens, pode-se conceituar o fenômeno ativismo judicial, com base nas palavras de Elival Ramos da Silva<sup>29</sup>, como

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Nesse contexto, lembra o autor que “há uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes<sup>30</sup>”.

Em outras palavras, quando se fala em ativismo judicial, está-se referindo à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo<sup>31</sup>”. Não se está a referir aqui a outras funções não típicas do Poder Judiciário, como o poder de legislar em algumas situações específicas autorizadas pela Constituição. O que aqui importa é “a manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados<sup>32</sup>”.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>33</sup>, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Assim, o ativismo judicial ocorre quando há um distanciamento a tal ponto entre a classe política e a sociedade civil que se

---

<sup>28</sup> GOUVÊA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde.**

<sup>29</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** p. 129.

<sup>30</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** p. 129.

<sup>31</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** p. 116.

<sup>32</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** p. 116-117.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p.71-91.

verifica uma grande dificuldade para que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Isso obriga a sociedade a recorrer ao Poder Judiciário, resultando em “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes<sup>34</sup>”.

Nota-se, portanto, que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa as suas funções jurisdicionais, praticando atos que dizem respeito às funções legislativas ou interferindo em políticas de governo, de competência do Poder Executivo.

Segundo o mesmo autor<sup>35</sup>, o ativismo judicial pode ser verificado nas seguintes condutas:

- I. A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- II. A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os da patente e ostensiva violação da Constituição;
- III. A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Muitas são as definições de ativismo judicial encontradas na doutrina que aborda esse tema, talvez em razão da inexistência de um critério pacífico estabelecendo quais são as atividades próprias e não próprias dos juízes.

A análise das práticas judiciárias para classificá-las como ativistas ou não, passa, necessariamente, pela análise das questões políticas. Elival da Silva Ramos lembra que tanto a doutrina como a jurisprudência buscam estabelecer parâmetros de atuação permitidos pela Constituição ao Poder Judiciário, para elucidar seus limites e distinguir “daquele que lhe é vedada a incursão, sob pena de infringência ao princípio da separação dos Poderes<sup>36</sup>”.

É relevante observar que a Constituição Brasileira de 1934, em seu artigo 68, estabelecia ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas<sup>37</sup>”. O dispositivo foi mantido, com a mesma redação, no

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p.71-91.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p.71-91.

<sup>36</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 142.

<sup>37</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set 2012. (Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas).

artigo 94 da Constituição de 1937<sup>38</sup>, não se repetindo, porém, nas Constituições posteriores.

O curioso é que esse assunto volta à discussão atualmente com a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional nº. 33/2011, que tem por objetivo principal restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta Corte Judiciária brasileira. A proposta pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros do STF para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo à aprovação pelo Poder Legislativo; e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Nota-se um movimento crescente das contestações sobre essa atuação judicial mais intensa, questionando-se os riscos que ela representa para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e a própria capacidade do judiciário em resolver as questões que tem atraído para si, uma vez que não possui conhecimento técnico para tanto<sup>39</sup>.

### 1.3. ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

Ao conceito jurídico-constitucional de democracia são atribuídas muitas interpretações diferentes, mas o termo democracia sempre foi aplicado para a designação de formas de governo. Dentro de um sistema democrático, a democracia seria um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político.

Norberto Bobbio<sup>40</sup>, ao falar de uma definição mínima de democracia, afirma que o regime democrático é “um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set 2012. (Art. 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas).

<sup>39</sup> É importante observar que o Poder Judiciário é um órgão técnico-jurídico. De acordo com a CF, o acesso à carreira da magistratura depende de aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 93, I). A composição dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça é feita por critérios de promoção por antiguidade e merecimento e pela regra do quinto constitucional, sendo que, neste último caso, os membros do Ministério Público já se submeteram ao concurso público de ingresso na carreira, e os advogados precisam provar apenas notório saber jurídico, ou seja, nenhum outro conhecimento técnico é exigido.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: *Il futuro della democrazia*. p. 22.

ampla possível dos interessados”.

Para o autor italiano, a característica básica da democracia é o direito da maioria de influir na adoção daquelas regras que serão obrigatórias para todos.

Bobbio classifica a democracia em: direta, indireta ou representativa e semidireta. Na democracia direta, o povo exerce os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Na democracia indireta ou representativa, o povo outorga as funções de governo aos seus representantes eleitos. A democracia semidireta seria uma democracia representativa com alguma participação direta do povo nas funções de governo.<sup>41</sup>

Atualmente, nos Estados Democráticos, pratica-se a democracia representativa, na qual, segundo Bobbio, “as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade<sup>42</sup>”.

Contudo, o próprio Bobbio afirma que a democracia representativa não basta, exigindo-se que seja “ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta<sup>43</sup>”. O autor ressalta, inclusive, que essa exigência não é nova, pois o pai da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau<sup>44</sup>, já havia alertado para esse fato.

É importante lembrar que a forma de pensamento atual de democracia surgiu do desprendimento do poder emanado da vontade divina para o acatamento do poder emanado da vontade humana. Quem introduziu essa forma de pensamento foi Rousseau, que advertia:

Tomando-se o termo no rigor da aceção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira. É contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor número governado. Não se pode imaginar que permaneça o povo continuamente em assembléia para ocupar-se dos negócios públicos e compreende-se facilmente que não se poderia para isso estabelecer comissões sem mudar a forma de administração<sup>45</sup>.

Conclui Rousseau que “se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Mas um governo assim perfeito não é feito para os homens<sup>46</sup>”. A

<sup>41</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 53-76.

<sup>42</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 56.

<sup>43</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 53.

<sup>44</sup> *Apud* Norberto Bobbio, **O Futuro da Democracia**. p. 53.

<sup>45</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Título original: *Du contrat social*. p. 35.

<sup>46</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou princípios do direito político**. p. 85.

partir de Rousseau, a democracia passou a ser entendida como um regime desprendido do direito divino e do poder hereditário e passou a ser definida pela soberania popular, sendo o povo soberano, o dono do poder.

Na democracia representativa, para que a decisão tomada por indivíduos possa ser aceita como decisão coletiva, é necessário um acordo e, segundo Bobbio, a única maneira de alcançar um acordo quando se fala em democracia, entendida como uma forma de governo contraposto à autocracia, é considerá-la um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

Nesse aspecto, Bobbio<sup>47</sup> pondera que

Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e a base de quais procedimentos.

Para Bobbio<sup>48</sup>, um regime democrático é aquele que atribui esse poder ou direito a um número muito elevado de membros do grupo. Disso decorre que o voto de todos os cidadãos deverá ter peso idêntico, isto é, deverá valer por um, para que a vontade de todos, ou do maior número, esteja representada.

Em relação ao procedimento das decisões coletivas, vinculatórias para todo o grupo, a regra base para a tomada dessas decisões é que elas sejam aprovadas, senão por todos, por pelo menos a maioria daqueles a quem compete decidir.

Bobbio<sup>49</sup> destaca, entretanto, que no regime democrático o critério da maioria não pode ser um critério absoluto, devendo-se tutelar também os interesses da minoria, ou seja, o critério da maioria não prevalece sempre.

O conjunto de regras procedimentais de que fala Bobbio, no Estado Democrático de Direito, é a Constituição, que é o instrumento básico de garantia jurídica. Na Constituição é que se estabelecem as regras para saber quem vai tomar

---

<sup>47</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 30.

<sup>48</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 31.

<sup>49</sup> BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia**. p. 32.

as decisões coletivas em nome da sociedade e quais os procedimentos que deverão ser adotados.

Lenio Luiz Streck<sup>50</sup> explica que

[...] o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.

Há, portanto, um conteúdo transformador da realidade, pelo qual, através da participação pública na sociedade, ou seja, do processo democrático, busca-se a formação de uma nova sociedade e, conforme lembra Lenio Luiz Streck, mais que uma classificação do Estado, esse modelo “faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores<sup>51</sup>”.

Esse modelo de Estado tem sua justificação especialmente no fato de não terem sido cumpridas, com êxito, as promessas do Estado Social. Lenio Streck<sup>52</sup> afirma o seguinte a respeito desse ponto:

[...] o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor – intervencionista próprio do Estado Social de Direito.

Essa concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada, entre outras, pela Constituição Alemã (1949), Espanhola (1978), Portuguesa (1976) e pela Brasileira (1988), que em seu preâmbulo<sup>53</sup> proclama o modelo de Estado voltado

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 40.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 39.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p.39.

<sup>53</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

para os ideais de constitucionalismo e de democracia, com uma nova forma de organização política.

Pode-se afirmar que a democracia representativa é uma conquista do Estado Democrático de Direito, no qual o povo democraticamente elege seus representantes, outorgando-lhes mandato para elaboração das leis que, ao entrarem em vigor, traduzem a vontade do povo e, por essa razão, são de observância obrigatória para toda e qualquer autoridade. Nenhuma autoridade está acima da lei, nem desobrigada de cumprir seus preceitos.

Não obstante tal definição, a vontade do povo muitas vezes não é levada em consideração pelos seus representantes eleitos nos Poderes Executivo e Legislativo, promovendo a ineficácia do sistema democrático exatamente em um dos elementos caracterizadores da democracia, que é o sufrágio universal.

Essa falta de resposta aos anseios do povo pelos representantes eleitos no Poder Executivo e no Legislativo acaba fazendo com que o povo recorra ao Poder Judiciário para ver satisfeitas as suas pretensões, gerando, com isso, uma afronta a outro princípio do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da separação dos poderes.

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma estrutura composta pela função executiva, legislativa e jurisdicional, todos com atribuições bem delineadas, devendo suas atuações ser harmônicas e coerentes com os ditames constitucionais, de forma que não se poderá falar em democracia se não houver a observância do princípio da separação de poderes.

Não se pode perder de vista que no Estado Democrático de Direito é a Constituição a base normativa de garantia jurídica, e aos poderes constituídos impõe-se a observância das opções do Constituinte. Cabe lembrar, ainda, que a jurisdição constitucional é essencial à manutenção da democracia e dos direitos fundamentais e, sendo ela fruto de um ideal democrático, submete-se à ideia de democracia que a legitima.

#### 1.4. A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES FRENTE AO ATIVISMO JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito é composto por poderes, que são estruturas internas destinadas à execução de certas funções. A separação de poderes foi concebida por Montesquieu<sup>54</sup>, no século XVIII, que distinguiu três funções estatais: legislação, execução e jurisdição, pregando o grande filósofo que essas funções deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si, de modo a evitar a supremacia de qualquer deles sobre outro.

Esse princípio da separação dos poderes do Estado é consagrado pela Constituição brasileira de 1988 que, em seu artigo 2º, estabelece: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>55</sup>”.

Dentro desse princípio, a cada um dos poderes foi atribuída determinada função: ao Legislativo foi cometida a função legislativa, elaboração de normas gerais e impessoais; ao Executivo, a função administrativa de execução das leis; ao Judiciário, a função jurisdicional, ou seja, a fiscalização e o controle da observância das leis.

No Estado Democrático de Direito, muito embora inexista supremacia de qualquer dos três poderes ao Poder Judiciário compete preservar os princípios insculpidos na Constituição, principalmente os princípios da legalidade e igualdade, possuindo legitimidade para fiscalizar o cumprimento da Constituição pelos demais poderes.

A norma constitucional que consagra a separação de poderes serve para explicitar como devem funcionar os poderes públicos e, no dizer de Paulo Márcio Cruz<sup>56</sup>, “a Constituição regula os poderes do Estado, mas não pode ser afetada por eles. [...] A Constituição é, assim, a norma habilitadora da atividade dos poderes públicos instituídos e os limites de suas atuações”.

O referido autor lembra, ainda, que a importância prática da supremacia

---

<sup>54</sup> MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 165.

<sup>55</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set 2012.

<sup>56</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 80.

constitucional “é trazida na possibilidade de declarar inconstitucionais e nulas as normas que contradigam a Constituição, através de jurisdições constitucionais<sup>57</sup>”.

Esse controle recíproco, que é exercido pelas três funções do Estado, segundo Dalmo de Abreu Dallari<sup>58</sup>, existe em razão “de que o ser humano, por sua própria natureza, não deve ter um poder ilimitado, pois mesmo aquele que começa com boas intenções acaba por se corromper e passa do uso ao abuso do poder”.

Embora não exista uma supremacia de qualquer uma das funções, pois o controle deve ser exercido de forma recíproca entre os três poderes, cabe ao Poder Judiciário uma posição mais atuante, em razão da sua função precípua de guardião da Constituição e da garantia de supremacia desta dentro do ordenamento jurídico.

Essa atuação se dá de forma mais intensa ou mais ativa especialmente quando está em jogo a satisfação de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, quando se questiona até que ponto as funções do Poder Judiciário permitem ao juiz a concretização desses direitos.

Identificam-se, na doutrina, duas correntes distintas sobre a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário: a corrente substancialista, defendida por Mauro Capelletti<sup>59</sup> e Ronald Dworkin<sup>60</sup>, e a corrente procedimentalista, representada por Jürgen Habermas<sup>61</sup> e Antoine Garapon.<sup>62</sup>

Para Mauro Cappelletti<sup>63</sup>, “a expansão do Judiciário representa o necessário contrapeso, [...], num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do Estado moderno”.

Ronald Dworkin<sup>64</sup>, nessa mesma linha, entende que ao Poder Judiciário deve ser atribuída uma função ativa, na medida em que a interpretação do juiz deve ser constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito

---

<sup>57</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 81.

<sup>58</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.p.79.

<sup>59</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.p.19.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II. p. 35-46. Título original: *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechits und des demokratische rechtstaats*.

<sup>62</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan,1999. Título original: *Le gardien des promesses*. p. 140.

<sup>63</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p.19.

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**.

e da sua cultura jurídica, recusando uma posição passiva.

Para os defensores da corrente substancialista, a atuação do Poder Judiciário, visando garantir a satisfação dos direitos fundamentais e determinando o que for necessário para a maior eficácia de tais direitos, não caracteriza qualquer vulneração à democracia no sentido de violação do princípio da separação dos poderes, ao intervir em políticas do Poder Executivo.

Segundo Lenio Luiz Streck<sup>65</sup>, para a tese substancialista,

[...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais e destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial.

Nesses casos, além de sua função de equilíbrio e harmonia com os demais poderes, o Poder Judiciário assume um papel de garantidor da supremacia da Constituição, assegurando, de forma concreta, o exercício da jurisdição na sociedade.

Para os defensores da corrente procedimentalista, como Jürgen Habermas<sup>66</sup> e Antoine Garapon<sup>67</sup>, a invasão do Direito na política e na sociedade não se justifica.

De acordo com Lenio Luiz Streck<sup>68</sup>, tal corrente critica a opinião de concretização dos valores materiais constitucionais, porque, deixando-se “conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional, transforma-se numa instância autoritária”.

Antoine Garapon<sup>69</sup> fala em “governo de juizes” ao criticar o uso excessivo das prerrogativas constitucionais do Judiciário, lembrando que o mundo político não pode ser substituído pelo mundo jurídico. Afirma o autor que a sociedade democrática, hoje, é obrigada a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes e não tendo a quem recorrer ela ocorre, então, para o juiz.

---

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. p.47.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. v. II. p. 35-46.

<sup>67</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. p.140

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. p. 46.

<sup>69</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan,1999. Título original: *Le gardien des promesses*. p. 140.

Outro adepto da corrente procedimentalista, Jürgen Habermas<sup>70</sup>, é contrário à possibilidade do judiciário exercer funções dos poderes políticos, pois isso caracterizaria a quebra das barreiras existentes entre o direito e a política e o conseqüente deslocamento da função dos atores do jogo democrático, ou seja, a usurpação da competência de um poder pelo outro.

Para Habermas, a invasão do direito na política é a representação de uma disputa em torno do princípio da separação de poderes. Assim, como o legislador não tem competência para julgar se os tribunais aplicam correta e justamente o direito, também não teriam os juízes o direito de intervir na substância do processo legislativo.

Lenio Luiz Streck<sup>71</sup> lembra que

Habermas faz severas críticas ao modelo construtivo de direito de Dworkin e àquilo que denomina de gigantismo do Judiciário, surgido no pós-guerra. [...]. Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo.

Nota-se, portanto, que o posicionamento adotado pela corrente procedimentalista vai à direção contrária da tese defendida pela corrente substancialista, a qual defende que mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes “o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais<sup>72</sup>.”

Inobstante a existência dessa divergência de entendimento, é importante observar que ambas as correntes reconhecem no Poder Judiciário o papel de cumpridor de função estratégica na efetividade da Constituição.

A questão que merece análise é buscar compreender até que ponto essa postura mais ativa do Poder Judiciário não produz uma zona de tensão ou colisão com as demais funções do Estado, capaz de caracterizar a quebra do princípio democrático da separação dos poderes.

A intromissão do Poder Judiciário nas funções dos demais poderes pode

---

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre Faticidade e Validade. p. 35-46.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. p. 44.

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. p. 47.

caracterizar ofensa ao princípio da separação dos poderes. O próprio Supremo Tribunal Federal já aceitou o argumento da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, decidindo ser ela um óbice de concretização de normas constitucionais pelo Judiciário.<sup>73</sup>

Também o Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso em face de decisão em ação civil pública, já decidiu que não cabe ao Poder Judiciário editar normas genéricas e abstratas de conduta, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.<sup>74</sup>

Todavia, no caso de algumas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, como exemplo a saúde e, mais especificamente, o fornecimento de remédios, próteses e terapias, verifica-se um forte ativismo judicial. Muito embora a matéria não tenha sido apreciada de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, multiplicam-se decisões dos Tribunais Federais, Estaduais e juízes de todo o país, condenando a União, Estados e Municípios a fornecerem toda espécie de tratamento e medicamentos que não constam nas listas elaboradas por técnicos do

---

<sup>73</sup> Esse entendimento pode ser extraído da seguinte decisão: “O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. – A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. – Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 322348, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 21.10.2002.

<sup>74</sup> Nesse sentido, a seguinte decisão: “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF). 2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional. 3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração. 4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas. 5. Agravo desprovido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 261144/SP, Relator Ministro Paulo Medina, publicado no DJ 10.03.2003 p. 143.

Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais. Não são raras condenações no custeio de tratamentos experimentais ou realizados no exterior.

Nesse contexto, convém lembrar que o ordenamento jurídico permite apenas o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, mas não permite que o Legislativo seja substituído pelo Poder Judiciário nas funções de legislar e que o Executivo seja substituído na execução das atividades de administração.

O princípio da separação dos poderes importa, dentre diversos outros consectários, no dizer de Elival da Silva Ramos, “na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados<sup>75</sup>”.

Dentro das funções constitucionais estabelecidas para cada um dos poderes, deve ser respeitada a autonomia do Executivo para atuar, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e da oportunidade de atuar, com ampla liberdade para a execução dos atos de administração, obviamente que tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

Embora possuam um poder político, inclusive o de invalidar os atos dos outros poderes, os membros do Poder Judiciário não são eleitos, portanto, não podem substituir em suas funções o Legislativo e o Executivo, que foram escolhidos pela vontade popular.

Assim, existindo lei válida aprovada pelo Legislativo, deve o Judiciário conter seu poder criativo de intérprete judicial, acatando e aplicando a lei na forma aprovada pelo legislador, que é quem detém o poder do voto popular.

Sobre a aplicação da lei pelo juiz, oportuno trazer o seguinte entendimento de Bobbio<sup>76</sup>:

Quando se diz que o juiz deve aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, tal como uma lei ordinária não-conforme à Constituição.

Cabe esclarecer que não se está a defender o juiz “boca da lei”, mesmo porque, conforme lembra Rigaux<sup>77</sup>, “ninguém ousaria mais sustentar hoje que o juiz

---

<sup>75</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 117.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 56

<sup>77</sup> RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La Loi des Juges*. p. 71

é apenas a boca da lei”. Entretanto, lembra o mesmo autor que a “idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo; tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida<sup>78</sup>”.

O juiz possui liberdade na busca da solução legal e justa dos conflitos jurídicos. A própria Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fixa critérios para a interpretação e aplicação da legislação brasileira, estabelecendo que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum<sup>79</sup>”.

Para Dalmo Dallari<sup>80</sup> “o juiz deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação”.

Segundo Dallari, é possível aplicar o direito, sem que se transforme o juiz em legislador, asseverando que:

Além disso tudo, não é fora de propósito lembrar que há poucos anos os juizes brasileiros, quase sem exceção, inovaram aplicando determinações ditatoriais claramente opostas à Constituição, eufemisticamente chamadas de atos institucionais e complementares, como se fossem normas constitucionais e legais. É absolutamente inaceitável a desculpa de que tais atos eram a lei naquele momento e de que as injustiças contidas nas decisões eram da lei e não do juiz. Embora não tenham sido muitos, houve teóricos do direito e também juizes que jamais cederam e nunca deixaram de proclamar que, apesar de terem a aparência de lei e a garantia da força para sua aplicação, os atos institucionais e complementares e toda a legislação deles decorrente compunham uma falsa legalidade, irresistível naquelas circunstâncias mas nem por isso merecedora de respeitosa acolhida e aplicação como se tais atos fossem partes de uma normalidade jurídica. Será mais fácil agora, não acarretando qualquer risco nem a renúncia a princípios éticos e jurídicos, inovar aplicando a Constituição, fazer a complementação das disposições legais já existentes, para adequá-las aos casos concretos, tomando por base os princípios e as normas gerais já integrados na legislação. É perfeitamente possível fazer isso com base no direito já existente, sobretudo na Constituição, sem a necessidade de substituir o legislador<sup>81</sup>.

Nessa linha de pensamento, o ativismo judicial, dentre outros malefícios, contribuiria para aumentar a carga de processos nos tribunais superiores, especialmente em razão da liberdade que se estaria dando aos juizes de buscarem

---

<sup>78</sup> RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**. p. 72

<sup>79</sup> BRASIL, **Leis Federais**. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 8 set 2012.

<sup>80</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 96.

<sup>81</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. p. 97 a 98

os fundamentos para suas decisões fora das leis e da Constituição.

Portanto, deve o Judiciário, na condição de intérprete maior da Constituição e das leis, continuar sendo o garantidor dos direitos fundamentais, mas sem suprimir a política, o governo da maioria e o papel do Legislativo. A lei votada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo, por representar a escolha da sociedade, deve prevalecer no Estado Democrático de Direito.

O Judiciário deve preocupar-se com o que seja essencial para a democracia e com a preservação dos direitos fundamentais, deixando as questões políticas para os representantes eleitos pela sociedade, porque, conforme muito bem lembrado por António José Avelãs Nunes<sup>82</sup>, “não é aceitável que as opções políticas do Legislativo possam ser substituídas pelas opções políticas de cada juiz”.

Essa atuação ativista do Judiciário na formulação de políticas públicas pode conduzir o corpo de juízes a seguir determinada tendência ideológica, comprometendo a imparcialidade das decisões. Sobre essa questão, alerta Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>83</sup>:

[...] Cumpre também examinar um perigo, a politização (agora no mau sentido) do Judiciário.

Acostumando-se a decidir questões políticas, o Judiciário, melhor os juízes, podem ceder à tentação de suprir com suas liminares ou julgamentos a atuação dos demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos. É o ativismo judicial que não está ausente do Brasil atual.

Ademais, por decidir questões políticas, o Judiciário pode-se politizar, assumindo ele próprio viés ideológico. Disto, é um passo curto a perda da imparcialidade e a assunção de papel partidário, no sentido lato e no sentido estrito do qualificativo.

Por outro lado, a percepção de que o Judiciário tem um papel político pode criar a tentação de afeiçoá-lo ao partido ou partidos que prevaleçam naquele momento na cúpula governamental. À perda da imparcialidade, aí, somar-se-ia a perda da independência.

A preocupação se agrava porque pode um partido, ao usar o poder de indicar Ministros para o Tribunal mais alto, encontrar um meio de conservar a força política. Com efeito, serão eles vitalícios e poderão assim permanecer em função por décadas. [...]”

Nesse aspecto, a usurpação de funções de outros poderes afasta o Poder Judiciário de seu mister de ser o aplicador da norma ao caso concreto de forma isenta e neutra, pois isso somente é possível com o devido distanciamento da

<sup>82</sup> NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52-53.

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário na ordem constitucional vigente**. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, ano 28, nº. 99, p. 90-91, set. 2008.

sociedade. A partir do momento que o Judiciário assume funções que não são suas, afasta o povo das decisões governamentais, ferindo, por consequência, o sistema democrático.

### 1.5. ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O Poder Judiciário brasileiro, nos últimos tempos, vem ampliando o seu raio de ação, passando a assumir um papel ativo em discussões de cunho político, muitas vezes substituindo as opções políticas do legislador e do Poder Executivo pelo entendimento pessoal do juiz sobre determinada política pública.

A dicotomia existente entre ativismo judicial e a legitimidade democrática das decisões, por parte de juízes constitucionais quando interferem no âmbito de atuação dos demais entes federativos, é um fato emergente, cujo debate está longe de ter uma resposta unívoca na doutrina.

Através de uma atuação mais ativista, os Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas passariam a se tornar os senhores da Constituição, sem possuírem, contudo, legitimidade democrática, criando uma espécie de oligarquia judicial dentro de uma democracia.

Por outro lado, não se pode ignorar que o cidadão, o qual livre e democraticamente elege seus representantes no Legislativo e no Executivo, muitas vezes não encontra respostas para suas demandas, sendo obrigado a recorrer ao Judiciário para obter o cumprimento de direitos fundamentais.

O Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, em seu pronunciamento no ciclo de debates realizado pelo Senado Federal no mês de novembro de 2008 sobre o tema ativismo judicial e judicialização da política, afirmou que o Judiciário não pretende usurpar a competência do Parlamento, mas sim pressionar para que “o Legislativo atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza<sup>84</sup>”. Assim sendo, o ativismo judicial do STF “não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição<sup>85</sup>”.

---

<sup>84</sup> Matéria publicada no sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-nov-26>>. Sobre o ciclo de debates “O Poder Legislativo no Mundo Contemporâneo”, realizado pelo Senado Federal, destacando a participação do Ministro Gilmar Mendes. Acesso: 01 mai 2013.

<sup>85</sup> Matéria publicada no sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**. Disponível em:

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário, trouxe importantes inovações sobre a atuação do Poder Judiciário, sendo que uma das mais polêmicas foi a introdução da súmula vinculante no sistema normativo.

De acordo como o art. 103-A<sup>86</sup> da Constituição Federal, é possível a edição de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, as quais, uma vez editadas, têm efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, sendo que, desde a inclusão desse instituto no sistema normativo, a Suprema Corte editou trinta e duas súmulas vinculantes<sup>87</sup>.

É importante notar que os órgãos do Poder Legislativo, no exercício da função típica legiferante, não ficam vinculados à força normativa das referidas súmulas, estando a expedição de súmulas vinculantes pelo STF condicionada, ainda, a pressupostos formais, como atuação de ofício e legitimação de órgãos e entidades especificadas na lei regulamentadora, e a pressupostos materiais, como a reiteração de decisões sobre a matéria constitucional e a existência de controvérsia entre os órgãos judiciários e da Administração Pública.

Embora não vincule o Poder Legislativo, que poderá continuar editando normas em confronto com a súmula, lembra Rodolfo Camargo Mancuso que “a súmula, quando potencializada com a nota da obrigatoriedade, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal<sup>88</sup>”. Além disso, acrescenta o autor que, por promover uma profunda alteração no desenho jurídico institucional do país, o precedente judiciário passa a “ter um grau de eficácia semelhante ao da norma legal, operando como um paradigma obrigatório, geral,

---

<<http://www.conjur.com.br/2008-nov-26>>.

<sup>86</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>87</sup> A última súmula vinculante, a de número trinta e dois, foi aprovada em 16 de fevereiro de 2011.

<sup>88</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p 327 e 329.

abstrato e impessoal<sup>89</sup>”.

No entendimento de Elival da Silva Ramos<sup>90</sup>, a súmula vinculante atribuída ao STF se converte em

[...] elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhe as bases.

Dentre as súmulas vinculantes que possuem um caráter ativista, por refletirem, direta ou indiretamente, nas atividades dos demais Poderes do Estado, pode-se destacar a Súmula Vinculante nº. 2<sup>91</sup>, que estabelece: “é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Note-se que essa súmula tem consequências diretas na produção legislativa dos entes federativos. A súmula não impede nenhum dos órgãos legislativos de elaborar leis que disponham sobre consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Todavia, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que qualquer norma a respeito desses assuntos é inconstitucional, bastando a provocação do tribunal para fulminar leis contrárias ao enunciado da súmula.

A Súmula Vinculante nº. 13<sup>92</sup>, na esteira da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12, estabeleceu que:

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

---

<sup>89</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. p 327 e 329.

<sup>90</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 300.

<sup>91</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 30 nov. 2013.

<sup>92</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 30 nov. 2013.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12<sup>93</sup> foi proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) em prol da Resolução nº. 07/2005<sup>94</sup>, do Conselho Nacional de Justiça, que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".

A ementa do julgado é a seguinte:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº. 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução no 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. [...] Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução no 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.

É possível identificar, nesse julgado, posicionamento de vanguarda do Tribunal, ao referendar resolução do Conselho Nacional de Justiça, nos termos da hermenêutica constitucional. Embora a decisão não escape ao campo da juridicidade, os reflexos do acórdão certamente atingiram toda a Administração Pública (função executiva) e os próprios órgãos da função legislativa, no campo de sua atividade atípica de administração.

Observa-se que a Súmula Vinculante nº. 13 vai além do que ficou decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12, pois estabelece a inconstitucionalidade da prática do nepotismo em qualquer dos poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como consequência, também a

---

<sup>93</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.12, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, publicado no DJe de 18/12/2009.

<sup>94</sup> BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº. 07 de 18 de outubro de 2005. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?tipo%5B%5D=7&numero=07&data=2005&origem=Todos&expressao=&pesq=1>

atividade legiferante do Estado está indiretamente vinculada à decisão do Supremo Tribunal Federal, pois a edição de leis em quaisquer das esferas de poder em desacordo com o estabelecido na súmula, poderá ensejar a sua retirada do sistema normativo mediante simples provocação da Corte Constitucional.

Embora louvável a postura da Suprema Corte em editar súmula que vede a prática do nepotismo, ou seja, o favorecimento de parentes na nomeação de cargos em comissão ou funções de confiança, observa-se, nesse caso, uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal, que, interpretando princípios constitucionais, com ênfase nessa situação ao princípio da impessoalidade, construiu disciplina normativa que deveria ser veiculada pela legislação ordinária.

São diversos os precedentes nessa direção, demonstrando que o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura ativa em relação a questões que, em princípio, caberiam aos outros poderes. Nessa mesma linha, podem ser citadas algumas decisões recentes emanadas pelo STF, que geram, de forma direta ou reflexa, alguma interferência nas políticas públicas a cargo do Poder Executivo e, no sistema legiferante, a cargo do Poder Legislativo.

Em julgamentos proferidos em mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, que historicamente se recusava a exercer competência normativa, limitando-se a decretar a mora legislativa no caso concreto, passou, recentemente, a adotar uma postura mais ousada, admitindo suprir a omissão legislativa em sede de mandado de injunção.

Como exemplo dessa atitude, pode-se citar o que ocorreu no julgamento do Mandado de Injunção de nº. 708<sup>95</sup>, julgado que analisou a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito de greve dos funcionários públicos, previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mora esta que já havia sido declarada pela Suprema Corte em outras oportunidades<sup>96</sup>.

O julgado tem a seguinte ementa, cujo excerto abaixo se relaciona com o tema desta pesquisa:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA

<sup>95</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 708, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, publicado no DJe de 30/10/2008.

<sup>96</sup> Podem ser citadas como exemplo as decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº. 20/DF (DJ 22.11.1996) e nº. 485/MT (DJ 23.8.2002).

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) [...] DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não- regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). [...] Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). [...].

A decisão da Corte que determinou a incidência da lei dos funcionários da iniciativa privada não inovou na ordem jurídica, apenas fez incidir dispositivos já positivados pelo direito vigente ao caso específico, diante da mora legislativa, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes. De acordo com o Ministro Eros Grau na ementa do acórdão proferido no Mandado de Injunção nº. 712-8/PA<sup>97</sup>, julgado na mesma data, sobre o mesmo tema: “No mandado de injunção

<sup>97</sup> Os Mandados de Injunção nº. 712-8/PA e nº. 670-9/ES foram julgados no dia 25/10/2007 e seus

o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.”

Muito embora as decisões digam respeito a um direito fundamental social, cujo exercício foi garantido pela Corte dentro de sua função típica, que é a jurisdição sem avocar atividade legiferante, “não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF constitui um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo<sup>98</sup>”.

Outra matéria analisada pelo Supremo Tribunal Federal que também significou uma virada jurisprudencial, situação em que novamente se observa uma atuação ativista da Corte, é a questão da fidelidade partidária.

A Suprema Corte, que historicamente vinha decidindo que o candidato eleito não perdia o mandato com a troca de partido, após a Resolução nº. 22.526<sup>99</sup>, de 23 de março de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, passou a entender de modo diverso.

A consulta foi formulada pelo Partido da Frente Liberal, atual Democratas, ao Superior Tribunal Eleitoral, o qual, por maioria de votos de seus membros, respondeu que “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda<sup>100</sup>”.

A partir desse entendimento do TSE, o Partido Popular Socialista – PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados a convocação de seus filiados suplentes para ocuparem as vagas abertas com a desfiliação de deputados eleitos pelos respectivos partidos. Diante do indeferimento da autoridade legislativa, impetraram mandados de segurança perante o STF, que foram autuados sob nº. 26.602/DF, nº. 26.603/DF e nº. 26.604/DF. No julgamento dessas ações mandamentais, a Corte

---

respectivos acórdãos publicados no DJ de 31/10/2008.

<sup>98</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 304.

<sup>99</sup> BRASIL. **Superior Tribunal Eleitoral**. Resolução nº. 22.526, de 23 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>100</sup> BRASIL. **Superior Tribunal Eleitoral**. Consulta nº. 1.398-DF. Relator Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 30 nov 2013.

reviu a sua orientação de quase vinte anos e, por maioria dos votos, acompanhou o entendimento da Resolução nº. 22.526, do Tribunal Superior Eleitoral.

Nos Mandados de Segurança nº. 26.602 e nº. 26.603, o STF denegou a segurança em razão de que nestes se pretendia a perda de mandato de parlamentares que mudaram de partido antes do marco temporal fixado, mas concedeu parcialmente a segurança no Mandado de Segurança nº. 26.604<sup>101</sup>, por maioria dos votos, “para o efeito de determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados que remeta ao Tribunal Superior Eleitoral o pedido de declaração de vacância do posto ocupado pela litisconsorte Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, a fim de que aquela Corte, após adotar resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decida sobre a matéria”.

À vista do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº. 26.602, nº. 26.603 e nº. 26.604, o Tribunal Superior Eleitoral editou as Resoluções nº. 22.610/2007 e nº. 22.733/2008, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Essas resoluções foram questionadas perante o Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999<sup>102</sup>, ajuizada pelo Partido Social Cristão – PSC, tendo a Corte Suprema julgado improcedente a ação, declarando a constitucionalidade das resoluções em decisão que traz a seguinte ementa, com as partes que interessam ao tema pesquisado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. [...] dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em

---

<sup>101</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº. 26604. Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, publicado no DJe de 03/10/2008.

<sup>102</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3999 Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, publicado no DJe de 16/04/2009.

contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

Após analisar a construção empreendida pelo Supremo Tribunal Federal nessa virada jurisprudencial, para, sob determinadas condições, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda de mandato por desfiliação partidária, Elival da Silva Ramos<sup>103</sup> afirma que a decisão “configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte”.

Outra questão analisada pelo STF com adoção de prática ativista foi a demarcação de terras indígenas, conforme se verifica na Ação Popular Pet 3.388/RR<sup>104</sup>, ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, por meio da qual se questionava o ato de demarcação das terras efetuado pela União. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em decisão que traz a seguinte ementa:

ACÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. ACÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.

<sup>103</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 249.

<sup>104</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Popular Pet nº. 3388. Relator Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, publicado no DJe de 25/09/2009 e republicado no DJe de 01/07/2010.

Nesse julgamento do caso Raposa Serra do Sol, na falta de regulamentação clara, o Supremo criou um código de demarcação de terras indígenas com 19 artigos, determinando seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, numa demonstração clara de ativismo judicial<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Para a demarcação, o Tribunal determinou que fossem observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação

Outra decisão recente que merece destaque é a relativa à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132/RJ<sup>106</sup> e à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4.277/DF, que trataram do reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico.

A ADPF nº.132-RJ e a ADI nº. 4.277-DF foram julgadas conjuntamente e houve a encampação dos fundamentos da primeira pela segunda, tendo a Suprema Corte, em votação unânime, julgado procedentes as referidas ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, aplicando à união homoafetiva as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Da ementa, reproduzem-se os seguintes fragmentos que interessam ao objeto da pesquisa:

[...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º. da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E

---

dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

<sup>106</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado no DJe de 13/10/2011.

PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. [...]. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

A decisão proferida pela Corte Constitucional, considerando a união afetiva como entidade familiar e, por consequência, todos os direitos a ela inerentes, ocorreu por intermédio da técnica da interpretação conforme a Constituição Federal, técnica esta utilizada para declarar quais das possíveis interpretações se compatibiliza com a Carta Magna.

Essa decisão, ao reconhecer a união homoafetiva como núcleo familiar,

caracteriza uma postura ativista, tendo o Supremo Tribunal Federal atuado como legislador positivo, conforme, aliás, reconhecido pelos próprios Ministros, de cujos votos extraem-se os trechos que seguem nesta análise.

O Ministro Relator Ayres Britto fez menção à questão do “silêncio legislativo” sobre a causa em debate, ponderando que

[...] o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos sociais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação<sup>107</sup>.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, reforça a ideia do relator ao afirmar que “[...] o silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição<sup>108</sup>”.

Na sequência, foi a vez do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>109</sup>, que adiantou seu voto dizendo que

“É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrílica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto”.

Pela ordem, votou o Ministro Joaquim Barbosa, destacando que o ordenamento jurídico-constitucional do Brasil não trata expressamente da questão da união homoafetiva, lembrando a existência de um projeto de lei sobre o tema em trâmite no Congresso Nacional desde 1994. Argumentou o eminente Ministro que “[...] cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição<sup>110</sup>”, concluindo que

[...] o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação.

<sup>107</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>108</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>109</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>110</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>111</sup> proferiu seu voto, abordando expressamente a questão do ativismo judicial ao ponderar que:

[...] Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um ethos fundamental, básico, da jurisdição constitucional. [...] Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar. [...] Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo.

Ao final de seu voto, o Ministro Gilmar deixa claro que algumas nuances o angustiam, deixando-o temeroso principalmente quanto à simples equiparação das relações afetivas:

[...] Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas<sup>112</sup>.

E concluiu:

[...] O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos – começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas<sup>113</sup>.

Do voto do Ministro Marco Aurélio Mello<sup>114</sup>, também se extraem trechos nos quais é abordada a questão da atuação do STF como legislador positivo:

[...] A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do

<sup>111</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>112</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>113</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>114</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do art. 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

Da declaração de voto do Ministro Celso de Mello<sup>115</sup>, colhe-se seu entendimento sobre a questão do ativismo judicial, na qual, ao ressaltar a inércia dos Poderes Públicos frente a diversas causas, afirmou:

[...] não se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos Poderes Públicos.

E continua:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade<sup>116</sup>.

Encerrando os debates, o Presidente da Suprema Corte brasileira, Ministro Cezar Peluzo, fez suas considerações finais, dizendo da relevância da decisão em questão para o País, mas chamando o Poder Legislativo para a tarefa de regulamentação do tema:

[...] carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis. O que isto significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia – pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, como que uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

---

<sup>115</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

<sup>116</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

Esta declaração do então presidente da Suprema Corte comprova que, nesse caso, como em tantos outros, o Poder Judiciário extrapolou seus limites constitucionais, assumindo função de legislador positivo, numa postura marcadamente ativista. Embora tenha os seus méritos por trazer à ordem jurídica uma situação que, a depender do Poder Legislativo, certamente permaneceria à margem do direito por muito tempo ainda, o Supremo Tribunal Federal extrapolou sua função de julgador ao decidir a questão.

No âmbito do direito à saúde, não se pode deixar de mencionar a decisão proferida na ADPF nº. 54<sup>117</sup>, na qual o Supremo Tribunal Federal analisou a questão do aborto de fetos anencefálicos.

A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, com a finalidade de obter interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação infraconstitucional, para explicitar que esta não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

Alegou a autora que a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que conduz à proibição da antecipação do parto por motivos terapêuticos no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º (princípio da dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípio da legalidade e da autonomia da vontade humana), 6º, *caput* e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal.

Após amplo debate, com a intervenção, no feito, de várias entidades civis interessadas na questão e a realização de audiência pública com a ouvida de entidades e técnicos, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

A decisão foi assim ementada<sup>118</sup>:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo

---

<sup>117</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado no DJe de 30/04/2013.

<sup>118</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54.

absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

As decisões anteriores do Poder Judiciário eram no sentido de que o Código Penal estabeleceu, no seu artigo 128, apenas duas hipóteses para as quais não se tipificaria o crime de aborto, não se incluindo entre elas a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Assim, não caberia ao intérprete da lei acrescentar mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo legislador.

Nos debates, citou-se a existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, de iniciativa parlamentar, com o objetivo de alterar o Código Penal para isentar de pena a prática de aborto terapêutico. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, atuando também nesse episódio como legislador positivo, decidiu incluir, entre as hipóteses de aborto legal previstas no Código Penal, o aborto de fetos anencefálicos.

Diante dessa presença intensa do Poder Judiciário em matérias afetas aos demais Poderes, a questão que se coloca é: como conciliar o choque entre o que decide o Judiciário com a política parlamentar de edição de leis editadas pelos representantes do povo e as políticas públicas do Executivo, estabelecidas por um governo eleito?

Para isso, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio, pois, se de um lado não se pode aceitar que, em nome de uma maioria parlamentar ou separação dos poderes, seja o Judiciário impedido de garantir direitos fundamentais, por outro, não se podem transferir ao Poder Judiciário questões que poderiam ser prevenidas e resolvidas pela própria sociedade.

O Estado democrático de direito possui processos democráticos adequados pelos quais a sociedade organizada pode resolver e conduzir seus interesses, cabendo ao Poder Judiciário interferir tão somente no caso de ausência das condições democráticas de participação do cidadão dentro da comunidade a que pertence.

Nas questões de direito público, o ativismo judicial deve ser visto com cautela para se manter o necessário equilíbrio entre as funções judiciais e

administrativas, entre quem decide e quem executa.

São diversos os problemas que podem surgir, como conceder vantagem pecuniária a um servidor público implicará a concessão a todos em nome do princípio da isonomia, resultando em aumento dos gastos públicos; o arredondamento da nota de um candidato aprovado em concurso implicará a exclusão do último colocado que não foi beneficiado pelo arredondamento; o deferimento de pedido de vaga em creche para situações individualizadas resulta em prejuízo dos demais que aguardam pela política pública; o sequestro de verba pública para a compra de medicamento, tratamento ou prótese importada para apenas um paciente, implica desamparar todos os demais que se encontram na fila do Sistema Único de Saúde; antecipar a fila de transplante de órgão para um pode resultar na morte de outro que aguarda na mesma fila.

Ao analisar um litígio envolvendo o direito público, é necessário buscar o equilíbrio de todos os valores constitucionais envolvidos e isso passa pela análise criteriosa das políticas públicas estabelecidas em cada área e aceitas pela sociedade, seja através de seus representantes eleitos ou diretamente através de Conselhos Consultivos e Deliberativos e audiências públicas, tema que será estudado no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 2

### JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

#### 2.1. CONCEITO E ASPECTOS GERAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais de prestação inserem-se na chamada segunda geração ou dimensão, surgida no período do constitucionalismo social do pós-Primeira Guerra Mundial e correspondem aos direitos de igualdade, que levam em consideração as relações do indivíduo com seu meio social, visam às garantias de bem-estar e exigem por parte do Estado uma conduta ativa. São os chamados direitos sociais, que são efetivados mediante a implementação de políticas públicas.

As políticas públicas não possuem um conceito único, afirmando a doutrina que se deve ao filósofo do direito Ronald Dworkin<sup>119</sup> as formulações científicas básicas delineadoras do sentido adequado da *policy*, que, buscando afastar o pensamento positivista dominante, desenvolve um sistema no qual o direito é constituído por padrões normativos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas.

Ao conceituar política, Ronald Dworkin<sup>120</sup> afirma que uma política pode ser definida como

aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

Dworkin diferencia princípios de política (*policy*), entendendo que princípio é um padrão que contém uma exigência de justiça, equidade, devido processo ou outra dimensão de moralidade; já a política tenta estabelecer um objetivo a ser alcançado, que geralmente diz respeito à melhoria de um aspecto econômico, político ou social de uma determinada população, procurando assegurar ou promover uma situação exigida. Assim, as políticas possuem uma vinculação a

---

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. *Taking Rights Seriously*.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p.36.

objetivos específicos, seguindo uma lógica conforme os fins a que se propõem<sup>121</sup>.

O autor norte-americano também reconheceu a existência dos padrões normativos das políticas quando afirmou que, muitas vezes, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões<sup>122</sup>”.

Assim, considera que as políticas são capazes de viabilizar argumentos jurídicos persuasivos para a solução de casos difíceis, uma vez que integram o sistema jurídico e, ao citar casos da corte norte-americana, afirma que “Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública<sup>123</sup>”.

Lembra, com acerto, Maria Paula Dallari Bucci<sup>124</sup> que a teoria de Dworkin e sua crítica ao positivismo devem ter outra leitura no caso brasileiro, em que há, num certo sentido, “um excesso de direitos e princípios positivados, embora permaneça o problema do critério a adotar para a realização efetiva dos direitos, com base em princípios ou políticas nos casos concretos (ou ‘casos difíceis’)”.

Conclui a autora que as políticas públicas “atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados<sup>125</sup>”.

Observa-se, portanto, que as políticas públicas, muito embora não se confundam com os princípios, são, geralmente, estabelecidas por meio de normas-princípios que demandam a atividade promocional do Estado, orientando as escolhas dos meios e instrumentos para a consecução de objetivos determinados.

A instituição de políticas por meio de leis constitui apenas uma das formas, o que revela ser dispensável em alguns casos a ação do Poder Legislativo nesse processo. É bastante comum a instituição de políticas por meio de decretos, resoluções, portarias e, até mesmo, no corpo de contratos e convênios administrativos, o que conduz à conclusão de que o Poder Executivo é o principal

---

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p.36.

<sup>122</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p.36.

<sup>123</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p.8

<sup>124</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

<sup>125</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 26.

*locus* de conformação de políticas públicas. Como forma de exemplificar essa instituição diversificada de políticas, podem-se citar, dentre outros, os programas do Governo Federal como o Comunidade Solidária, o Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF<sup>126</sup> e o Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER<sup>127</sup>, que não foram criados por lei.

Nessa linha de pensamento, leciona Fábio Comparato<sup>128</sup> que a política pública não se resume à norma e nem ao ato jurídico, que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio, mas os engloba como seus componentes, uma vez ser a política, antes de tudo, uma “atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

As políticas públicas, portanto, não se confundem com leis ou atos normativos, estando relacionadas, diretamente, ao programa de governo, à ação governamental, que visa realizar os objetivos e metas estabelecidas nas normas legais. São as providências para que os direitos previstos no texto constitucional se realizem em favor dos governados.

Para uma melhor contextualização do tema, é importante estabelecer a diferenciação entre políticas públicas de Estado, de políticas públicas de governo. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci<sup>129</sup> esclarece que:

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas “políticas de Estado” - , e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”.

Em seguida, a autora<sup>130</sup> faz referência ao critério do suporte normativo, de acordo com o qual as políticas públicas de Estado seriam as políticas

<sup>126</sup> Informações sobre o Pronaf disponíveis em: <http://portal.mda.gov.br/portal/saf/programas/pronaf>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>127</sup> Informações sobre o Proger disponíveis em: <http://proger.mte.gov.br/portalproger/pages/home.xhtml>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>128</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba (org. Celso Antônio Bandeira de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 353-354.

<sup>129</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 19.

<sup>130</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 19.

constitucionalizadas, além das políticas estabelecidas em leis, já as políticas estabelecidas em atos infralegais seriam as políticas de governo.

Esse critério de classificação recebe objeções de alguns autores, que defendem que a constitucionalização de matérias que não foram consideradas direitos fundamentais pelo constituinte originário, deixando de inseri-las no texto, pode resultar no engessamento de governos futuros. Essas objeções ocorrem, segundo afirma Maria Paula Dallari Bucci<sup>131</sup>, porque “o programa constitucionalizado ocuparia, desta forma, o terreno próprio da política, que deveria ser preenchido segundo composições de forças e entendimentos a selar em cada questão contingente”. A autora cita como exemplo dessa forma de constitucionalização a Emenda à Constituição Brasileira de 1988 nº. 29/2002, que instituiu a vinculação de receitas para o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Uma outra forma de diferenciar políticas de Estado e de governo é a forma como se dá o seu financiamento. Sobre esse tema, escreve Fernando Aith<sup>132</sup>:

As políticas de Estado são exclusiva e necessariamente financiadas com recursos públicos, oriundos dos tributos arrecadados pelo Estado. Já as políticas de governo podem contar com recursos privados para a sua implementação, sempre com a regulação estatal, como no caso dos serviços públicos terceirizados de gestão das rodovias federais.

Sintetizando, pode-se afirmar que a principal diferença entre políticas públicas de Estado e políticas públicas de governo reside no fato de que estas estão relacionadas com um mandato eletivo e aquelas ultrapassam governos, podendo durar décadas, sendo caracterizadas pela continuidade.

As políticas públicas são, portanto, respostas do Estado às demandas vindas da sociedade. São todas as medidas adotadas pelo Estado com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e, no caso dos direitos de prestação, visam ao atendimento das demandas sociais, pois, conforme observa Osvaldo Ferreira de Melo<sup>133</sup>:

[...] uma política seja educacional, econômica, jurídica, ou outra qualquer, é

<sup>131</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 20.

<sup>132</sup> AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006, p.238.

<sup>133</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.p.40.

sempre um conjunto de estratégias visando alcançar determinados fins. Em se tratando de política do Direito, esses fins estarão implicados com o alcance de normas que, além de eficazes, sejam socialmente desejadas e por isso justas e úteis para responderem adequadamente às demandas sociais.

No período do Estado Social, já se exigiam do Estado prestações positivas em prol do cidadão, mas a ausência de participação efetiva do cidadão na formulação e no acompanhamento das políticas públicas fez com que o Estado decidisse, por si mesmo, quais estruturas e métodos seriam aplicados no atendimento das demandas sociais.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, surge o constitucionalismo como garantia jurídica e a questão democrática voltada à produção de uma nova sociedade. Nesse sentido, lembram Lenio Streck e José Bolzan de Moraes<sup>134</sup> que “o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir como fomentador da participação no processo de construção de um projeto de sociedade”.

No Brasil, precisamente com a Constituição de 1988, que introduziu instrumentos democráticos capazes de proporcionar uma participação mais efetiva da sociedade, o Estado passa a criar instrumentos de controle e participação na formulação das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais.

Nesse aspecto, é importante notar que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme estabelecido nos incisos do artigo 3º da Constituição Federal<sup>135</sup>, exigem a adoção de instrumentos por parte do Estado para a sua realização nos termos previstos.

O desenvolvimento de um país vai depender de sua capacidade

---

<sup>134</sup> STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 97-98.

<sup>135</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 set 2012.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

estratégica e administrativa para instituir políticas que ajudem no desenvolvimento da plena convivência social, política e econômica dos diversos atores que participam na formação de um Estado, ou seja, cidadãos, instituições, organizações e autoridades. Percebe-se, desse modo, que políticas públicas são o elemento de execução e implementação de leis existentes.

Concluindo este tópico, pode-se definir política pública, em termos conceituais mais gerais e absolutamente modernos, com base nas contribuições de Eros Roberto Grau<sup>136</sup>, segundo o qual a “expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.

Complementando a definição, para Rogério Gesta Leal<sup>137</sup>, a política pública seria vista como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento.

## 2.2. FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Apesar de Ronald Dworkin<sup>138</sup> ter abordado as políticas como padrão normativo, observa-se que o autor estadunidense não explicita os elementos essenciais do seu conceito de política, que podem ser definidos como a sua fonte de produção e a identificação e realização de seus objetivos. Todavia, o autor deixa claro que as políticas públicas seriam uma espécie de padrão de conduta (*standard*) que orienta quais as metas que se devem alcançar e para onde o governo deve direcionar suas iniciativas, recursos e estruturas.

Partindo da noção de que a formulação de políticas pressupõe uma regulação jurídica apta a torná-las efetivas, tem-se que, para que uma política possa ser considerada pública e corroborar a conceituação de Ronald Dworkin, sua

---

<sup>136</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.21.

<sup>137</sup> LEAL, Rogério G. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais**. Revista de derecho, v.9, p.53-66, 2006. p.58.

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p.36.

elaboração deve ser atribuída ao Estado. Isso implica colocar o Estado em ação, seja na edição de normas, seja na implantação de um projeto de governo por meio de programas e de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

Segundo Patricia Helena Massa-Arzabe<sup>139</sup>, a política pública é tida “como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação”. Lembra a autora que a política se dá por ciclos e, por isso, não é possível discernir de forma definitiva as suas fases “por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução<sup>140</sup>”.

A elaboração de políticas públicas obedece a um ciclo deliberativo, a um processo dinâmico e de constante aprendizado o qual, conforme elucida Fabrício Juliano Mendes Medeiros<sup>141</sup>, pode ser desmembrado em três etapas, que se relacionam mutuamente:

Na primeira delas, os agentes legítima e concretamente envolvidos, concebem ou descrevem os temas objeto da ação governamental. Em seguida, esses mesmos agentes passam a planejar as ações futuras, a avaliar os riscos e as potencialidades envolvidas, a examinar as alternativas possíveis, a indicar os objetivos previstos e os resultados esperados [...]. A segunda etapa, por sua vez, é a da implementação, na qual a ação ganha as ruas e passa a ser efetivamente executada. A derradeira etapa consiste na avaliação da política, oportunidade em que a ação pública levada a efeito tem a sua efetividade e eficiência examinadas, podendo ser revista, se for o caso.

A fase de formulação, nos dizeres de Pedro Silva e Marcus Melo<sup>142</sup>, “baseia-se em estudos prévios e em um sistema adequado de informações, definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento”.

Partindo do pressuposto de que definições de políticas públicas guiam o olhar para os governos, que é o local onde os embates de ideias e interesses se

---

<sup>139</sup> MASSA-ARZABE, Patricia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

<sup>140</sup> MASSA-ARZABE, Patricia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. p. 70.

<sup>141</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 118.

<sup>142</sup> SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de Implementação de políticas públicas no Brasil: características determinantes da avaliação de programas e projetos**. Cadernos de pesquisa nº. 48, Núcleo de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP, 2000, p. 4.

desenvolvem, consistindo, portanto, em colocar o governo em ação, Celina Souza<sup>143</sup> conclui que a “formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Nesse processo de formulação de políticas públicas, é comum surgir o questionamento sobre o porquê de determinados assuntos entrarem na pauta de discussão governamental das políticas públicas e outros não despertarem qualquer interesse. Segundo Celina Souza<sup>144</sup>, é possível apresentar três respostas a esses questionamentos:

A primeira focaliza os problemas, isto é, problemas entram na agenda quando assumimos que devemos fazer algo sobre eles. O reconhecimento e a definição dos problemas afeta os resultados da agenda. A segunda resposta focaliza a política propriamente dita, ou seja, como se constrói a consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar um dado problema. Essa construção se daria via processo eleitoral, via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologias (ou na forma de ver o mundo), aliados à força ou à fraqueza dos grupos de interesse. [...] A terceira resposta focaliza os participantes, que são classificados como visíveis, ou seja, políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, etc. e invisíveis, tais como acadêmicos e burocracia. Segundo esta perspectiva, os participantes visíveis definem a agenda e os invisíveis, as alternativas.

Observa-se, portanto, que a política exerce um papel determinante na formulação das políticas públicas “sobretudo, no ciclo de definição da agenda, de identificação das alternativas, da avaliação das opções e da seleção das opções<sup>145</sup>”.

Nesse sentido, conclui Celina Souza<sup>146</sup> que

[...] o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) e à sociedade política (*polity*), e nas instituições/regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública.

Decorre daí, também, que a formulação de políticas públicas é matéria afeta ao campo da discricionariedade administrativa, na qual as possibilidades de escolha são atribuídas ao Estado através do Poder Executivo democraticamente eleito, que possui ampla liberdade de definição das áreas de investimentos para a

---

<sup>143</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº. 16. jul/dez 2006, p. 26.

<sup>144</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. p. 29.

<sup>145</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. p.19

<sup>146</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. p. 40

garantia dos direitos sociais reclamados pelos cidadãos.

Acontece que, no atual Estado Democrático de Direito, não se concebe mais a ideia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, pois a sociedade civil organizada ganha cada vez mais espaços de atuação, seja na própria formulação de políticas públicas (isso acontece, por exemplo, nos chamados conselhos consultivos ou deliberativos), seja na execução dessas políticas por meio das organizações não governamentais (ONGs), que possuem importante participação na efetivação dos direitos sociais, ou, até mesmo, na consulta popular que ocorre, por exemplo, com os orçamentos participativos.

Merece destaque, quanto a esse aspecto, o ensinamento de Norberto Bobbio<sup>147</sup> para quem “os fins que se pretendem alcançar pela ação das políticas são aqueles que, em cada situação, são considerados prioritários para o grupo”.

Num retrospecto histórico, verifica-se que o tema das políticas públicas, no Brasil, passou despercebido para grande parte da população por um longo período, tendo o Estado agido como senhor absoluto e exclusivo sobre os interesses públicos, institucionalizando as ações para sua definição e atendimento.

A partir da década de oitenta, como reflexo de movimentos populares capitaneados, principalmente, pela Igreja Católica e do advento da Constituição de 1988, ocorreu, de forma gradual, uma mudança da mobilização e da participação políticas. O tema políticas públicas passa a ser, por consequência, um assunto multidisciplinar que se refere à organização, ao planejamento, à execução e à avaliação constante de ações direcionadas ao atendimento das demandas sociais, sendo elas realizadas pelo Estado, por particulares ou pelo próprio mercado.

### **2.2.1 PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Considerando que as políticas públicas dizem respeito à vida de cada pessoa, a população deve ter direito de participar diretamente da sua formulação, aplicando-se o princípio da gestão democrática, que deve ocorrer mediante a democracia participativa, pois é senso comum que, hoje, o sistema representativo já não responde mais aos anseios da sociedade brasileira.

---

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12ª ed., Brasília: UNB, 1999, v. 2, p. 957.

A democracia participativa tem seu fundamento no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu ser o Brasil um Estado Democrático de Direito e, ainda, que o poder é exercido pelo povo, através de representantes eleitos ou diretamente<sup>148</sup>.

Disso decorre que a democracia brasileira não é exclusivamente representativa, uma vez que nesta o governo é do povo, mas sem o povo. A título de contraponto, cumpre mencionar que na democracia direta, o povo participa diretamente do governo.

Sobre a democracia representativa, observa, com bastante propriedade, Adilson Abreu Dallari<sup>149</sup> que “Quem não tem representatividade não decide em nome do povo, mas quem tem representatividade não decide tudo, deixando o povo à margem do processo de tomadas de decisões políticas.” Concluindo o autor que “É imperioso que certas decisões sejam tomadas pelos representantes do povo, mas que outras decisões sejam tomadas pelo corpo social”.

Para Canotilho<sup>150</sup>, a consagração constitucional da noção de democracia tem a finalidade de erigi-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. Assevera o jurista português que o sentido constitucional desse princípio é a democratização da democracia, ou seja, a condução e a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político.

Com relação à democracia representativa, advertem Paulo Cruz e Zenildo Bodnar<sup>151</sup> que, em razão da contaminação entre o mercado econômico e político, ela “tem se mostrado extremamente vulnerável à força dos grandes poderes econômicos”, produzindo “reflexos nas privatizações dos serviços públicos e na invasão da mídia que artificializa a política”.

---

<sup>148</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 set 2012.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição.

<sup>149</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 5, p.33-41, 1994. p. 34.

<sup>150</sup> CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992. p 421.

<sup>151</sup> CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro Eletrônico. Univali: Itajaí, 2012, p. 73.

A experiência histórica tem demonstrado que, não raras vezes, aqueles que estão no comando do poder sucumbem a essa influência em nome de interesses pessoais, passando a atuar para esses grupos, em detrimento daqueles que lhes conferiram o mandato. Daí, a importância da adoção da democracia participativa.

Com relação à participação popular na formulação das políticas públicas, Thiago Lima Breus<sup>152</sup> destaca que

[...] a ação estatal, que congrega a participação popular na tomada de decisão política, recebeu ampla referência na Carta Constitucional de 1988, que buscou promover uma descentralização do Poder Público e a promoção de uma regulação social das políticas, com o escopo de possibilitar uma efetiva interação entre a sociedade civil e o Poder Público, tanto no sentido da cooperação quanto no planejamento, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas.

Com isso, é necessário buscar mecanismos para assegurar o efetivo exercício da cidadania e a realização dos fins delineados na Constituição de modo que a atuação do Estado esteja em sintonia com as necessidades sociais. Isso inclui a participação popular nas tomadas de decisões políticas, não apenas como forma de legitimá-las, mas também para tornar efetiva a noção de gestão pública, na medida em que a sociedade vai participar da definição de quais são as suas prioridades, dizendo onde deverá ser aplicado o dinheiro público.

Um dos mecanismos recentes de formulação de políticas públicas, que representa uma redefinição da democracia representativa e contribui significativamente para a ampliação dos direitos políticos, são os conselhos, órgãos colegiados, permanentes e deliberativos, que possuem entre as suas competências a formulação, a supervisão e a avaliação das políticas públicas, em âmbito federal, estadual e municipal.

A atribuição de competência é feita por meio de leis e, em algumas áreas, a existência do conselho é condição legal para o repasse de verbas da União para Estados e Municípios e, na instância intermediária, dos Estados para os Municípios. Muitos conselhos são, por isso, constituídos não pela mobilização da comunidade, mas em razão de imposição legal.

Essa imposição legal de criação de conselhos para o repasse de verbas

---

<sup>152</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 206.

acaba chamando a atenção para a necessidade do exercício da cidadania e da participação da comunidade na gestão da coisa pública, fazendo com que um número maior de pessoas passe a controlar e conhecer o funcionamento da máquina pública.

Na composição desses conselhos, verifica-se que, em regra, o Poder Executivo compõe a metade dos membros e fornece a infraestrutura para sua operacionalização, dentro do entendimento de que o Poder Executivo executa o que lhe é imposto pelo povo, por seus representantes, por meio do Poder Legislativo.

O fato de a participação dos conselheiros representantes da sociedade civil não ser remunerada faz com que os conselhos não possam ser caracterizados como um órgão estatal. Sua atividade deliberativa é autônoma e apartidária, não é ligada a governos ou a partidos políticos, sendo sua vinculação exclusiva com o interesse público e com as necessidades de implementação dos direitos sociais dos segmentos que representam.

São exemplos desses Conselhos: o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), instituído pela Lei Federal nº. 8242/91<sup>153</sup>, nos termos delineados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº. 8.069/90); o Conselho Nacional de Assistência Social, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº. 8742/93<sup>154</sup>); o Conselho do Idoso, previsto na Lei Federal nº. 8842/94<sup>155</sup>, que disciplina a Política Nacional do Idoso; o Conselho Nacional de Educação; o Conselho Nacional do Meio Ambiente, dentre outros.

São conselhos de constituição obrigatória para repasses de verbas federais os conselhos de assistência social, os dos direitos da criança e do adolescente e os de saúde, todos com a atribuição de formular ou de propor políticas públicas, bem como supervisionar e avaliar políticas, enfim, controlá-las no seu âmbito temático.

São foco, na presente pesquisa, os Conselhos de Saúde, que se constituem, talvez, na expressão mais emblemática desse novo *locus* democrático de formulação, gestão, controle e avaliação de políticas públicas.

A participação da comunidade nesses conselhos já vem imposta em nível

---

<sup>153</sup> BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 30 nov 2013.

<sup>154</sup> BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 30 nov 2013.

<sup>155</sup> BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 30 nov 2013.

constitucional no artigo 198 da Carta Magna como uma das diretrizes do sistema único constitutivo das ações e serviços públicos de saúde, ao lado da diretriz de descentralização e do atendimento integral.

A Lei Federal nº. 8142/90<sup>156</sup>, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, explicita as maneiras dessa participação na forma de instâncias colegiadas de duas espécies, em cada esfera de governo, cuja atribuição e funcionamento vêm expressamente delineados, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo.

A primeira dessas instâncias é a Conferência de Saúde, que se reúne a cada quatro anos com o intuito de avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política pública. A outra instância é o Conselho de Saúde, de caráter permanente e deliberativo, que “atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, sendo suas decisões homologadas pelo chefe do poder em cada esfera de governo<sup>157</sup>”.

Nota-se que uma das características marcantes do Conselho de Saúde é o seu poder deliberativo, exercido em todas as suas atribuições, seja de formulação de políticas, seja de controle ou de avaliação, e que vincula o governo em cada uma das instâncias às deliberações desse órgão colegiado. Tanto é assim que o chefe do Poder Executivo deve homologar as deliberações do conselho por expressa imposição legal, constituindo, por consequência, um dever e não mera faculdade do administrador.

---

<sup>156</sup> BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 30 nov 2013.

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

<sup>157</sup> BRASIL, **Leis Federais: Lei n. 8.142**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 30 nov 2013.

É indiscutível o impacto político e social dos conselhos de políticas públicas na comunidade e na efetividade de direitos sociais. O leque de atribuições e o número de pessoas envolvidas na constituição e na operacionalização desses conselhos demonstram a afirmação de um novo desenho institucional do Estado. Se se considerar que o Brasil possui mais de 5.500 municípios e supondo que para operacionalizar cada um dos conselhos municipais de saúde sejam necessárias, pelo menos, dez pessoas, ter-se-ia um total de mais de 50 mil pessoas atuando somente nos conselhos de saúde<sup>158</sup>.

Quanto ao modo de funcionamento, os conselhos de saúde são constituídos paritariamente, integrados por representantes do poder público, de prestadores de serviços de saúde, de profissionais de saúde e de usuários, cabendo a estes últimos a representação paritária em relação aos demais.

Os membros da área governamental são, via de regra, indicados pelo Chefe do Poder Executivo, nomeando-se titulares e respectivos suplentes para mandato específico. Os membros da sociedade civil, por sua vez, são eleitos por pessoas ligadas a entidades e movimentos relacionados à área de atuação do conselho, denominados delegados, que, para tanto, se inscrevem previamente quando do início do processo eleitoral.

É importante destacar que há quem se inscreve para votar e há os que se candidatam para representar a sociedade civil organizada, o que dá a ideia da dimensão da participação popular. Busca-se, com isso, que os representantes da sociedade civil, conhecedores dos problemas que atingem as pessoas necessitadas da ação governamental na área da saúde, possam efetivamente contribuir para a formulação das políticas que se afigurarem necessárias, assim como para seu controle e avaliação.

Está-se vivenciando, portanto, um momento em que a sociedade, consciente da importância de seu papel na construção da democracia, a qual se torna cada vez mais participativa, passa a intervir no processo de formulação das

---

<sup>158</sup> No Município de Blumenau – SC, o Conselho Municipal de Saúde foi criado pela Lei Complementar nº. 25, de 19 de dezembro de 1991. É um órgão colegiado, de caráter permanente e deliberativo, composto por 39 membros, sendo 30 representantes de entidades, movimentos sociais e usuários do SUS; 5 representantes do Governo Municipal e 4 representantes dos prestadores de serviços privados e conveniados ou sem fins lucrativos. (informação disponível em: [www.blumenau.sc.gov.br/secretarias/semus/conselho\\_municipal\\_de\\_saude](http://www.blumenau.sc.gov.br/secretarias/semus/conselho_municipal_de_saude). Acesso em 30 nov. 2013).

políticas públicas e não fica esperando que o governo decida tudo isoladamente.

Nesse aspecto, lembra Eduardo Appio<sup>159</sup> que:

O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais.

Uma vez definido que o Estado não é o único formulador de políticas públicas, pois a sociedade civil organizada ganha cada vez mais espaços de atuação, os debates sobre o tema “implicam responder à questão sobre o espaço que cabe aos governos na definição e implementação de políticas públicas<sup>160</sup>”.

Embora não se desconheça a pressão, no processo de formulação de políticas públicas, dos grupos de interesses e dos movimentos sociais, bem como daqueles que estão no poder, urge salientar que esse fato não inibe “a capacidade das instituições governamentais de governar a sociedade (Peters, 1998: 409), apesar de tornar a atividade de governar e de formular políticas públicas mais complexas<sup>161</sup>”.

### **2.3. COMPETÊNCIA PARA PLANEJAMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Conforme visto, os instrumentos ou meios pelos quais o Estado efetiva os direitos fundamentais formalmente reconhecidos são as políticas públicas, sem as quais pouca utilidade teria a previsão de tais direitos no texto constitucional, por isso que o Estado é o principal formulador das políticas públicas, exercendo papel político central nesse processo.

No chamado ciclo das políticas públicas, depois de desenhadas e formuladas, elas “desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação<sup>162</sup>”.

A fase da implementação das políticas públicas requer, portanto, uma

---

<sup>159</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 167.

<sup>160</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. p. 26.

<sup>161</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. p. 27.

<sup>162</sup> SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. p. 26

intervenção do Estado na sociedade, na economia e na política, através da execução de programas em busca de melhores condições de vida para os cidadãos, implementando programas e ações voltadas para setores específicos da sociedade.

É importante ressaltar que, muitas vezes, a implementação da política pública requer também a aprovação de nova legislação. Não apenas leis, mas regulamentos e medidas públicas de promoção e de fortalecimento dos direitos sociais implementados por meio das políticas públicas que fixem, de maneira planejada, as diretrizes e os modos para a ação do Poder Público e da sociedade.

No caso específico dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988<sup>163</sup>, ao estabelecer, em seu artigo 5º, § 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” pretendeu vincular os poderes públicos ao seu texto, obrigando a implementação de políticas públicas que garantam a eficácia dos direitos fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>164</sup>, com isso, o “constituente pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam letra morta na Constituição”.

Nesse aspecto, Maria Paula Bucci<sup>165</sup> faz referência a uma dimensão axiológica das políticas públicas no estabelecimento de metas e objetivos, ponderando que

[...] a adoção de políticas públicas compreende, sempre, uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental [...]; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos.

Segundo Gilberto Bercovici<sup>166</sup>, o “Planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção

---

<sup>163</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out 2013.

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 250.

<sup>165</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

<sup>166</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

conjuntural ou casuística”. O planejamento consiste, assim, na escolha entre várias possibilidades e, “embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais<sup>167</sup>”, como é o caso da sociedade brasileira.

Para que se possa formular e implementar uma política pública, não basta um plano, é necessário o planejamento, ou seja, o processo racional de formular decisões de política social.

A Constituição Federal estabelece para o Estado, no *caput* de seu artigo 174<sup>168</sup>, a obrigação da função de planejamento quando prescreve que “o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Na forma como previsto no artigo 174 da Constituição, o planejamento é impositivo para o Poder Público e indicativo para o setor privado. Esse sistema de planejamento vincula o plano ao orçamento, ou seja, a realização do plano depende da sua previsão orçamentária. Assim, a implementação do plano ocorre através dos investimentos públicos que devem estar explicitados nos orçamentos, “executando de modo imediato ou a curto prazo os objetivos de médio e longo prazos contidos nos planos<sup>169</sup>”.

O modelo de planejamento previsto no texto constitucional prevê ampla participação do Poder Legislativo, que submete a atividade do planejamento ao princípio da legalidade, ou seja, por meio de lei discutida e aprovada pelos representantes do povo, eleitos democraticamente, o que dá ao planejamento também um caráter democrático.

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 165, a edição de leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecendo o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA). São as chamadas leis orçamentárias, que, em conjunto, buscam a integração entre planejamento e orçamento do Poder Público a médio e longo prazo.

---

<sup>167</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. p. 146.

<sup>168</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out 2013.

<sup>169</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. p. 156.

De acordo o artigo 165, inciso I e parágrafo 1º, da Constituição, o Plano Plurianual (PPA) deve ser apresentado “até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro”<sup>170</sup>, conforme estabelecido, provisoriamente, no Ato das Disposições Transitórias da Constituição, no artigo 35, § 2º, inciso I.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 165, § 9º, que cabe a uma lei complementar regulamentar as finanças públicas. Como essa lei ainda não foi editada, continua sendo aplicada a Lei Federal nº. 4.320/1964, que institui normas gerais de direito financeiro, aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Afirma José Maurício Conti<sup>171</sup> que a apresentação do PPA é um momento de grande relevância no processo de planejamento e de implementação das políticas públicas, pois é o local onde vai ser materializado o plano de governo, “explicitando-se as políticas públicas, programas e ações governamentais a serem implantados, continuados, incentivados e desenvolvidos ao longo dos próximos quatro anos.” É também no PPA que deverão constar aquelas ações ou programas que serão encerrados, descontinuados e desincentivados pelo novo governo.

É no Plano Plurianual (PPA) que o governo vai expor o que pretende fazer nos próximos quatro anos e, por isso, tal documento se reveste de fundamental importância, não só para a Administração Pública, mas também para toda a sociedade, que poderá verificar se as promessas de campanha estão contempladas e, principalmente, quais são os planos de investimentos nas políticas econômicas e sociais.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) fixa os planos, metas e prioridades do governo para o exercício anual seguinte e serve de base para a confecção da lei orçamentária (art. 165, II, § 2º, da CF). O projeto deve ser encaminhado até abril para ser aprovado até junho, constituindo-se, portanto, no planejamento a médio prazo.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é o planejamento a curto prazo, pois disciplina exatamente o que vai ser gasto no ano seguinte. O projeto deve ser encaminhado até setembro para ser aprovado até dezembro pelo Poder Legislativo.

---

<sup>170</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out 2013.

<sup>171</sup> CONTI, José Maurício. **Contas à Vista: Planejamento municipal precisa ser levado a sério**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-24>>. Acesso: 25 out 2013.

Observa-se que o interesse da população geralmente se volta, de modo mais contundente, para as propostas da lei orçamentária anual. Essa prática se deve ao fato de que nesses projetos são definidas as questões de curto prazo e, por isso, não é de se estranhar que se sobreponham, em termos de interesse do público, às diretrizes de médio prazo contidas nos planos plurianuais.

O planejamento governamental no Brasil é constituído, portanto, por um sistema complexo, o qual abrange a definição de ações governamentais a longo, médio e curto prazo, e que, se bem elaborado e executado, pode resultar em maior eficiência na Administração Pública.

Para que isso ocorra, é necessário que o planejamento estabeleça, de forma clara, os programas, objetivos e metas que serão executados dentro dos orçamentos previstos e quais os resultados pretendidos, medindo e avaliando o desempenho dos órgãos executores, sob pena de se tornar mera peça de ficção, ficando apenas no campo das intenções.

Lembra José Maurício Conti<sup>172</sup> que um bom planejamento, dotado de clareza e transparência, “é imprescindível para uma gestão eficiente e uso proveitoso dos recursos públicos. Planejar é escolher prioridades, ainda que essas escolhas sejam difíceis, e importem em deixar de lado muitas ações importantes”.

A Administração Pública precisa de um bom planejamento, feito com seriedade, estudos criteriosos, programas bem construídos, resultados e metas ambiciosos, porém factíveis, para concretizar políticas públicas que vão conduzir aos objetivos fundamentais desejados pela sociedade e explicitados na Constituição.

Pode-se afirmar, então, que o planejamento das políticas públicas de concretização material dos direitos fundamentais contribui, também, para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito na medida em que, visando a sua manutenção no poder, o administrador deva planejar suas ações governamentais de forma racional e eficiente, com vistas a assegurar um melhor atendimento das expectativas da população que o elegeu.

## **2.4. FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

---

<sup>172</sup> CONTI, José Maurício. **Contas à Vista: Planejamento municipal precisa ser levado a sério.**

A partir do momento em que os textos constitucionais traçam objetivos, metas e programas, necessário se faz que o Estado concretize a sua implementação através de políticas públicas e, para isso, são necessários recursos públicos e que esses recursos estejam previstos no orçamento. Assim, o orçamento passa a ser instrumento de administração pública, pois, como visto acima, no sistema democrático, deve haver uma lei que defina em que o dinheiro vai ser gasto. Esta lei é a lei orçamentária. A CF, em seu art. 167, I, veda “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária<sup>173</sup>”.

Partindo dessa premissa, é correto afirmar que no Estado Social e Democrático de Direito, as políticas públicas são instrumentalizadas pelo orçamento, que vai definir quais direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional serão implementados em determinado exercício financeiro e em que grau eles serão atendidos.

Nesse contexto, observa-se que a Constituição brasileira de 1988 transformou o orçamento público em importante instrumento de governo. É pelo orçamento que serão cumpridos os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º, bem como propiciado o desenvolvimento econômico, social e político do país.

Há, portanto, uma estreita relação entre orçamento público e políticas públicas, pois o administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto necessário para implementar a política pública.

Os recursos financeiros necessários para efetivar esses gastos provêm dos tributos pagos pela população e assim é porque os direitos fundamentais de segunda geração, os chamados direitos sociais, se baseiam no princípio da solidariedade social, no qual a coletividade deve garantir ao indivíduo o livre acesso a esses bens, impondo ao Estado um dever de prestação positiva. Nesse sentido, o artigo 3º da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária<sup>174</sup>”, enaltecendo o princípio da solidariedade.

---

<sup>173</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

<sup>174</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

Gabriel Real Ferrer<sup>175</sup> ao discorrer sobre a solidariedade no direito administrativo, afirma que ela é o fundamento de qualquer grupo humano e também do Estado, indispensável para a coesão social e para gerar a indispensável sensação de pertencimento entre os cidadãos. Destaca ainda o mesmo autor, apropriadamente, que a solidariedade deve ter aplicação generalizada não apenas na perspectiva ética, mas também como princípio jurídico formalizado.

Sobre a solidariedade como fundamento dos direitos fundamentais de segunda geração, pondera Celso Lafer<sup>176</sup>:

[...] É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo [...].

Compete ao Estado encontrar fórmulas para garantir o financiamento dos custos dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Para isso, o Estado necessita angariar recursos e vai buscá-los junto à iniciativa privada, por meio da cobrança de tributos e da adoção de políticas fiscais.

Considerando que o atendimento das necessidades públicas se faz através dos tributos arrecadados coercitivamente, estes não devem ser vistos como uma norma de rejeição, mas sim como um dever fundamental, uma vez que são o instrumento que possibilita ao Estado atender às exigências materiais e imateriais da sociedade.

Para que se cumpra o objetivo do texto constitucional que propõe que todos vivam em uma sociedade justa e solidária, o Estado precisa arrecadar para

---

<sup>175</sup> FERRER, Gabriel Real. **La solidariedad en el derecho administrativo**. Revista de Administración Pública (RAP), Madrid, n. 161, mayo-ago. 2003. p. 125. Tradução livre.

<sup>176</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. [S.l.]: Companhia de Letras, 1988. p. 127 e 130/131.

prestar o amparo almejado. O jurista português José Casalta Nabais<sup>177</sup>, em obra específica sobre o tema, pontua que:

O imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.

Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso, a tributação não constitui, em si mesma, um objetivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas do estado de direito social.

Hodiernamente, com as transformações sociais, por meio das quais se busca uma sociedade mais justa e solidária, não se pode pensar em direitos fundamentais dos cidadãos dissociados dos deveres fundamentais, dentre os quais, o dever de pagar imposto.

Inegável, portanto, que existe uma relação direta entre os direitos fundamentais e os tributos, sendo correto também afirmar que o dever de pagar impostos é ínsito à cidadania e decorre da ideia de solidariedade.

A sociedade em geral e cada cidadão têm o dever de solidariedade na manutenção dos serviços públicos e na implementação das políticas públicas como um todo, as quais se efetivam por meio dos tributos. Muitos cidadãos exigem a efetivação dos seus direitos constitucionalmente assegurados, inclusive judicialmente, mas não cumprem com o seu dever de pagar os tributos, esquecendo que é esse dever que possibilita ao Estado garantir os direitos fundamentais através da implementação de políticas públicas.

Atualmente, dentre os direitos fundamentais à prestação, estabelecidos na Constituição Federal, os que requerem maior atenção por parte dos governos, inclusive por gerarem maior custo, são o direito à educação e o direito à saúde. A implementação de políticas públicas para a efetivação desses direitos é um grande desafio a ser superado, pois apesar de os governos aplicarem elevadas somas de recursos orçamentários estes são escassos ao passo que as demandas são crescentes.

---

<sup>177</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 185.

As pesquisas e indicadores sociais demonstram que o Brasil consome uma grande fatia do seu orçamento no atendimento dos chamados direitos sociais como saúde, educação, previdência social, saneamento, habitação, etc. Em termos comparativos, verifica-se que, embora o Brasil invista muito mais que a maioria dos países em políticas sociais, os investimentos não são suficientes. Isso se deve ao fato de que a maioria dos países gasta apenas na manutenção dos sistemas, enquanto que no Brasil ainda é preciso ampliar a oferta dos serviços e recuperar infraestrutura e salários, ou seja, ainda se está na fase de ampliação do sistema.

A Constituição assegura que a educação e a saúde são direitos de todos e dever do Estado, cabendo, portanto, ao governo encontrar fórmulas para o financiamento das políticas públicas nessas áreas.

No caso das políticas educacionais, é o próprio texto constitucional que estabelece, em seu artigo 212, que cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, reservando a “União dezoito por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento<sup>178</sup>”, não podendo ser inferior.

O financiamento das políticas públicas na área da saúde possui uma vasta normatização, a qual parte do próprio texto constitucional e estende-se por leis complementares, ordinárias, decretos e portarias, que procuraram regrar a destinação de recursos públicos e as formas de acesso da população às ações e aos serviços públicos de saúde.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a Seguridade Social, especialmente acerca da saúde, assim preceitua:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com

---

<sup>178</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 nov 2013.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

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

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

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União<sup>179</sup>.

Como se observa, a Constituição Federal, ao dispor acerca das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde, além de estabelecer quais os entes políticos que devem proceder ao financiamento do Sistema Único de Saúde, vincula expressamente verbas de determinados tributos das esferas federal, estadual e municipal para esse fim.

No ano de 2012, foi editada a Lei Complementar nº. 141<sup>180</sup>, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo o seguinte critério:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

---

<sup>179</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

<sup>180</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

[...]

Art. 6º. Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. [...]

A obrigação do Estado no financiamento das políticas públicas de saúde está organizada por intermédio da Lei nº. 8.080/1990<sup>181</sup>, modificada pela Lei nº. 12.466/2011, que busca atribuir a cada ente estatal sua responsabilidade no âmbito da prestação do direito fundamental à saúde, delimitando as competências para oferecer materialmente o direito prestacional, bem como o custeio do medicamento ou serviço de saúde.

A competência de cada ente estatal pode ser analisada, ainda, segundo o compromisso assumido pelos entes públicos na forma da NOAS-SUS 01/01<sup>182</sup>, de 26 de janeiro de 2001, segundo a qual o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais de Saúde, através do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS), e as Secretarias Municipais de Saúde, através do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), desencadearam diversas atividades de planejamento e de adequação de seus modelos assistenciais e de gestão aos preceitos estabelecidos, ponderando criticamente os avanços e os desafios que novas diretrizes organizativas trariam para sua realidade concreta.

Aperfeiçoando o Sistema Único de Saúde, no tocante à dispensação de medicamentos excepcionais, restou editada a Portaria GM (Gabinete do Ministro) nº.

<sup>181</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

<sup>182</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Norma Operacional de Assistência à Saúde/SUS**. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis..gm/2001/prt0095\\_26\\_01\\_2001.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis..gm/2001/prt0095_26_01_2001.html). Acesso em 30 nov 2013.

2.577/2006<sup>183</sup>, que fixou a seguinte orientação:

[...]

II - DA ORGANIZAÇÃO E DA EXECUÇÃO DO COMPONENTE DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL

25. A execução do Componente de medicamentos de Dispensação Excepcional é descentralizada aos gestores estaduais do SUS, sendo a aquisição e a dispensação dos medicamentos de responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde, salvo nos casos a seguir explicitados.

25.1 o Ministério da Saúde e os gestores estaduais poderão pactuar a aquisição centralizada de medicamentos do CMDE nos casos em que a análise indicar:

- a) benefício econômico da centralização, frente às condições do mercado;
- b) investimentos estratégicos do governo no desenvolvimento tecnológico junto aos laboratórios públicos próprios (ou oficiais); e
- c) no interesse da gestão do Sistema Único de Saúde, considerando a capacidade e a logística operacional e administrativa dos gestores.

26. A dispensação dos medicamentos excepcionais deverá ocorrer somente em serviços de farmácia vinculados às unidades públicas designadas pelos gestores estaduais.

26.1. A dispensação dos medicamentos poderá ser desconcentrada junto à rede de serviços públicos dos municípios, mediante pactuação entre os gestores e desde que assegurado o atendimento aos critérios legais e sanitários, além da definição de procedimentos operacionais que norteiem a dispensação dos medicamentos e o acompanhamento dos usuários.

Seguindo a temática do financiamento de medicamentos de dispensação excepcional, a Portaria GM nº 204/2007<sup>184</sup> estabelece:

Art. 27. O Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional - CMDE destina-se ao financiamento de Medicamentos de Dispensação Excepcional, para aquisição e distribuição do grupo de medicamentos, conforme critérios estabelecidos em portaria específica.

§ 1º O financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional é de responsabilidade do Ministério da saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite - CIT.

Referida norma veio a ser complementada pela Portaria GM nº 2.981/2009<sup>185</sup>, do Ministério da Saúde, que dispôs sobre a dispensação de medicamentos excepcionais, doravante chamados de “componente especializado de assistência farmacêutica” (artigo 2º), e sobre o custeio desses medicamentos excepcionais. Estabelece a citada portaria:

<sup>183</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM nº. 2577/2006**. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria\\_2577\\_med\\_centralizados.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_2577_med_centralizados.pdf). Acesso em 30 nov 2013.

<sup>184</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS nº 204/2007**. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-204.htm>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>185</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2981/2009**. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria\\_gm\\_2981\\_3439\\_ceaf.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_gm_2981_3439_ceaf.pdf). Acesso em 30 nov 2013.

[...]

IV - DO FINANCIAMENTO E DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS RECURSOS DO COMPONENTE DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL

29. O financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de medicamentos de Dispensação Excepcional é da responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite.

[...]

3. O Fundo Nacional de Saúde repassará aos Fundos Estaduais de Saúde, mensalmente e na modalidade fundo a fundo, os valores apurados e publicados, os quais devem ser movimentados em conta específica.

34. Os estados e o Distrito Federal devem efetuar as despesas segundo as exigências legais requeridas a quaisquer outras despesas da administração pública (processamento, empenho, liquidação e efetivação do pagamento), mantendo a respectiva documentação administrativa e fiscal pelo período mínimo legal exigido.

35. De acordo com o artigo 6º do Decreto nº 1.651, de 1995, a comprovação da aplicação dos recursos transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais de Saúde, na forma do Decreto nº 1.232, de 1994, que trata das transferências fundo a fundo, deve ser apresentada ao Ministério da Saúde e ao estado, por meio de Relatório de Gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde.

Em síntese, o financiamento das políticas públicas de saúde compete aos três entes estatais, conforme previsto na Constituição Federal. Além do comando constitucional, a Lei nº 8.080/1990<sup>186</sup> reforça o tema ao prever que o Sistema Único de Saúde (SUS) é regido por uma gestão tripartida (art. 8º), que atende aos princípios da descentralização, regionalização e hierarquização da prestação de serviços de saúde (art. 7º, inciso IX, a e b), e, ainda, que a direção do Sistema será exercida em cada esfera de governo nos limites de sua alçada (art. 9º).

Em seus artigos 16 a 19, referida Lei do SUS, ao dar cumprimento ao comando constitucional, estabelece competências específicas a cada ente, atribuindo aos Estados, em caráter supletivo, a execução e prestação direta dos serviços, e à União, a gestão, fiscalização e controle. É importante destacar a desnecessidade de convênio, acordo ou contrato, pois a competência de cada ente decorre de expressa disposição legal. Na divisão de atribuições entre os entes políticos internos, cada qual será responsável segundo o pactuado na Comissão Intergestores Tripartite.

Oportuno destacar que esse entendimento foi reafirmado com a edição da

<sup>186</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

Lei nº 12.401/2011<sup>187</sup>, que, em seus artigos 19-P e 19-U, estabelece:

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.'

[...]

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

A nova lei veio a ser regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.508/2011<sup>188</sup>, atualmente em vigor, que buscou organizar e planejar a política de saúde do SUS e a articulação interfederativa.

A mesma norma determina ainda, que a interação entre os entes políticos se fará mediante contrato organizativo da ação pública da saúde, que tem por objeto “a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários (art. 34)”<sup>189</sup>.

Observa-se, portanto, que o financiamento das políticas públicas de saúde possui ampla regulamentação normativa, elaborada a partir de discussões dos gestores públicos e dos Conselhos de Saúde nas quais têm assento representantes diretos da sociedade. Dessa forma, parece não ter cabimento o Poder Judiciário se transformar em administrador das finanças do Poder Executivo.

A questão que merece reflexão é se o financiamento da política pública de saúde deve continuar sendo exclusivo do poder público, através de dotações orçamentárias. Muito embora a Constituição brasileira estabeleça que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo acesso universal e igualitário, cabe

<sup>187</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

<sup>188</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm). Acesso em 30 nov 2013.

<sup>189</sup> BRASIL. **Leis Federais**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm). Acesso em 30 nov 2013.

indagar se a gratuidade deve abranger toda e qualquer pessoa, bem como toda e qualquer prestação material.

Sobre essa questão, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>190</sup> afirmam que

[...] ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde, não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como, a integralidade do atendimento não significa que a pretensão tenha que ser satisfeita em termos ótimos.

Os mesmos autores citam o exemplo da Constituição Portuguesa<sup>191</sup>, que inicialmente previa o acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de saúde, mas passou a estabelecer que o serviço de saúde será “tendencialmente gratuito”. Ressalta-se que antes mesmo da alteração formal da Constituição, a jurisprudência do Tribunal Constitucional lusitano<sup>192</sup> já antecipara a alteração, admitindo a fixação de “taxas moderadoras” para o acesso aos cuidados públicos de saúde<sup>193</sup>.

Aqui na América do Sul, a Corte Constitucional da Colômbia<sup>194</sup> já decidiu que o direito à saúde não é absoluto, embora os serviços devam ser prestados de forma oportuna, eficaz e com qualidade.

Em termos comparativos com outros países, aponta Octávio Luiz Motta

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM. Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. p. 45.

<sup>191</sup> Estabelece a Constituição Portuguesa em seu artigo 64:

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; (Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>. acesso em 28 fev 2013).

<sup>192</sup> No julgamento do Acórdão nº. 330/89, no qual se discutia “se o Decreto-Lei nº. 57/86 no seu conjunto — ou em qualquer das suas normas — viola, por se tratar de um diploma governamental emitido sem autorização legislativa, a reserva parlamentar estabelecida pelo artigo 168º, nº I, alínea f), segunda parte, da Constituição; se as normas do artigo 4º, bem como do artigo 2º (na parte em que se refere a «taxas moderadoras»), do mesmo Decreto-Lei (em si próprias e considerado ainda o disposto no artigo 5º desse diploma), violam o princípio da gratuidade do serviço nacional de saúde, consignado no artigo 64º, nº. 2, da Constituição”, decidiu o Tribunal Constitucional Português “não declarar a inconstitucionalidade de qualquer das normas do Decreto-Lei nº. 57/86, de 20 de Março”, mantendo, portanto, válidas as taxas moderadoras cobradas pela prestação de serviço público de saúde. (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>. acesso em 28 fev 2013.)

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM. Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. p. 45

<sup>194</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-760/08. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 10 dez 2013.

Ferraz<sup>195</sup> que “nos Estados Unidos, o bastante criticado sistema público, muito reduzido, atende apenas aos indigentes (Medicaid) e aos idosos (Medicare)”. Esse sistema americano sofreu algumas alterações recentemente no Governo Barack Obama, passando a abranger um maior número de pessoas. O mesmo autor afirma também que no Reino Unido “o sistema atende a todos (ou seja, é universal), mas, apesar de garantir uma excelente cobertura, melhor que a de todos os planos de saúde privados, não garante atendimento ilimitado”.

O juiz federal Jorge André de Carvalho Mendonça<sup>196</sup> lembra que saúde não se confunde com farmácia, pois “se o princípio da universalidade possuísse a abrangência por alguns defendida, não existiria a menor justificativa, por exemplo, para a manutenção da existência de uma rede de farmácias privadas no Brasil”. O mesmo autor afirma ainda que “se todos, independentemente da condição social, tivessem direito a todos os tipos de medicamentos, experimentais ou não, não haveria razão para adquiri-los por intermédio de recursos próprios”.

A restrição à gratuidade das prestações é uma das questões que merecem ser analisadas a partir do momento em que a judicialização do direito à saúde impõe ao Estado a obrigatoriedade de financiar toda e qualquer prestação.

Além da gratuidade, outras questões, tais como a condenação no fornecimento de remédios experimentais e estrangeiros, a imposição de determinada marca de remédio, o deferimento de intervenções cirúrgicas inúteis ou desnecessárias, também põem em risco o financiamento das políticas públicas de saúde.

#### **2.4.1. FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A implementação das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais requer a alocação de recursos públicos, sendo certo que os custos econômicos não se limitam apenas aos direitos à prestação, mas atingem todos os direitos fundamentais.

---

<sup>195</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?** Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm>. Acesso: 30 nov 2013.

<sup>196</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A judicialização da Saúde**. In: Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano. (coord. José Antonio Savaris e Carlos Luiz Strapazzon). Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 259.

Ocorre que o Estado não dispõe de recursos para atender, em toda a extensão, as pretensões decorrentes dos direitos fundamentais, em razão da limitação dos recursos orçamentários. Considerando que não se pode exigir do Estado mais do que ele tem condições de dar, passou-se a sustentar como restrição a intervenção do Poder Judiciário na garantia de implementação de direitos fundamentais, ou seja, a teoria da reserva do possível.

A cláusula da reserva do possível foi invocada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE nº. 33, S. 333), na qual a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960.

Consta que a demanda foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele País, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.<sup>197</sup>

Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, de acordo com aquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Observa-se, portanto, que a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão.

Conforme análise de Ingo Sarlet<sup>198</sup>, o Tribunal alemão entendeu que

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Da análise da decisão da Corte Alemã, verifica-se que a teoria da reserva do possível não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas diz respeito à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação.

---

<sup>197</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.321.

<sup>198</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 276.

A adoção da teoria da reserva do possível, no Brasil, passou a considerar que a efetivação dos direitos fundamentais sociais estava condicionada à suficiência de recursos públicos e à previsão orçamentária da despesa respectiva, surgindo, assim, a teoria da reserva do financeiramente possível.

Conforme visto anteriormente, é o Legislativo que detém o poder de decisão sobre a realização dos gastos públicos. Em função disso, na administração do orçamento, deve buscar atender, da melhor forma, a todos os interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral. O orçamento é o *locus* adequado para a realização das escolhas trágicas públicas, as escolhas políticas.

O sistema orçamentário brasileiro permite o planejamento das políticas públicas a médio e a longo prazo, possibilitando a vinculação financeira às disposições constitucionais garantidoras dos direitos sociais, pois de nada adiantaria a Constituição Federal assegurar o direito à saúde, o direito à educação e qualquer outro direito social se, no orçamento, os recursos para essas finalidades fossem restritos ou inexistentes.

Nesse aspecto, pondera Fernando Facury Scaff<sup>199</sup> que

É no espaço democrático do Parlamento que devem ser realizadas as opções políticas referentes às receitas e aos gastos públicos que determinam o caminho escolhido pela sociedade para a realização de seus ideais. Mesmo aqueles que têm de ser construídos dia a dia — ninguém dorme em uma ditadura e acorda em uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) no dia seguinte — embora exista quem entenda ser possível fazer efetivas mudanças sociais a golpes de caneta.

Lembra o mesmo autor que no Brasil contemporâneo, todavia, o procedimento usual para as escolhas trágicas é atribuído ao Judiciário, como ocorre a exemplo de diversas situações sobre o direito à saúde, ou, ainda, ao Executivo, cujo âmbito de atuação é delimitado pelas grandes linhas estabelecidas no Parlamento, concluindo que “É no âmbito do processo de elaboração do Orçamento que se realizam as primeiras escolhas trágicas, mesmo com os recursos vinculados estabelecidos pelo ‘orçamento mínimo social’<sup>200</sup>”.

---

<sup>199</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26>>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>200</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**.

Os críticos da teoria da reserva do financeiramente possível afirmam que o que se pretende é que ela substitua as teorias das normas programáticas, da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, que impediam o Poder Judiciário de garantir a efetivação de direitos fundamentais pela impossibilidade jurídica dessa intervenção em razão da ausência de previsão orçamentária.

Sobre essa questão, pontua Ingo Sarlet<sup>201</sup>:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

A questão da reserva do possível foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 45<sup>202</sup>, cujo julgamento serviu de paradigma para o tema. Na decisão, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, restou consignado o abaixo transcrito:

[...]

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Observa-se, por outro lado, que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a mera alegação da inexistência de recursos financeiros não é suficiente para afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais

---

<sup>201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 298.

<sup>202</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/2004, publicada no DJ 04/05/2004.

sociais pelo Estado. As decisões recentes caminham no sentido de que a teoria da reserva do financeiramente possível deve ser aplicada somente mediante a comprovação da ausência de recursos orçamentários.

Sobre isso, alerta, com muita propriedade, Fernando Facury Scaff que a expressão “reserva do possível”, em virtude de sua má compreensão, vem sendo bastante maltratada e hostilizada pela jurisprudência brasileira, afirmando que, em alguns casos, “Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais<sup>203</sup>”. A “reserva do possível” se constituiria, assim, em uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.

Aliás, nesse sentido foi o entendimento do Ministro Celso de Mello manifestado na decisão proferida na ADPF nº. 45, ao consignar:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]<sup>204</sup>.

Nessa linha de entendimento, multiplicam-se as decisões judiciais pelos tribunais inferiores e juízos singulares, fazendo com que o Poder Público seja obrigado a despender vultosas quantias de recursos orçamentários para cumprir as decisões judiciais, especialmente nas áreas da saúde e da educação com o propósito de atender a situações individualizadas.

Embora se reconheça que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possuem um grau mínimo de eficácia, permitindo, com isso, a intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetivação desses direitos, não se pode perder de vista que as necessidades, principalmente aquelas relacionadas aos

---

<sup>203</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas.**

<sup>204</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal.** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45/DF.

direitos sociais, são ilimitadas e os recursos públicos são escassos.

Diante da escassez de recursos, qualquer governo se depara com a necessidade de fazer opções, escolher prioridades. Muitas vezes elas se revelam verdadeiras opções trágicas, como a escolha de investir em uma creche ou em um posto de saúde, quando as carências e necessidades são muitas nessas áreas.

Esse é o ponto crucial da questão, que deve ser levado em consideração, tanto na definição das políticas públicas pelo Poder Executivo, quanto na decisão judicial no caso concreto. Isso porque se, por um lado, o Executivo deve garantir os direitos fundamentais, por outro lado, o Judiciário deve analisar se a sua decisão de determinar o atendimento de um direito pleiteado não implicará a redução ou a anulação do atendimento de outros direitos fundamentais igualmente importantes.

A questão não é de fácil e prática solução e tende a ocorrer, sobretudo, no âmbito municipal, onde, em razão da proximidade com a população, as demandas são primeiramente endereçadas, com destaque para aquelas relacionadas às necessidades sociais. Os Municípios são surpreendidos, diariamente, com decisões judiciais que mandam oferecer vagas em estabelecimentos de ensino, adquirir determinados medicamentos ou próteses, geralmente importados e de alto custo.

Para o atendimento dessas decisões, o Poder Executivo acaba tendo que efetuar o remanejamento de verbas orçamentárias, resultando, conseqüentemente, que outros direitos, de igual ou até de maior relevância, deixem de ser efetivados, em razão das limitações orçamentárias.

Nesse contexto, explica Eduardo Appio<sup>205</sup>:

Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto - como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde - implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. [...] O argumento de que os direitos que não encontram mecanismos jurídicos de proteção judicial seriam o equivalente a não direitos, desconsidera o espaço destinado ao Poder Executivo pela Constituição de 1988, na medida em que o juiz não tem condições de eleger, de forma discricionária, o conteúdo específico destes direitos. Muito embora aos cidadãos deva ser assegurado o mínimo existencial, especialmente nas áreas de educação e saúde, a capacidade dos governos não é ilimitada, e a universalização depende da execução de um projeto de governo.

---

<sup>205</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 187.

Assim sendo, tomando como paradigma a decisão proferida pela Corte Alemã, a aplicação da teoria da reserva do possível conduz à conclusão que as pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas sob o aspecto da razoabilidade e, uma vez demonstrada a insuficiência de recursos, o pedido poderá ser julgado improcedente.

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou esse entendimento, conforme exemplifica o seguinte julgado:

[...] Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. [...]<sup>206</sup>

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que “Aos órgãos públicos só pode ser imposta pelo Judiciário obrigação de fazer que importe gastos imediatos, fora do normal orçamento, em se tratando de urgentes necessidades, quando em perigo à vida<sup>207</sup>”.

Nessa perspectiva, pondera corretamente Ana Paula de Barcellos<sup>208</sup> ao concluir:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas

<sup>206</sup> BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº. 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010. Publicado no DJe de 29/04/2010.

<sup>207</sup> BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº. 782196/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado no DJ de 23/03/2007.

<sup>208</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

É oportuno lembrar que a própria Constituição Federal<sup>209</sup> veda a criação de benefício social sem a indicação da fonte de custeio, estabelecendo em seu art. 195, § 5º, que “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total<sup>210</sup>”.

Diante de tais considerações, pode-se afirmar que os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível à implantação dos direitos sociais se traduzem em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas pretensões. Ausente qualquer desses elementos, inviável se tornará a efetivação de tais direitos.

Em verdade, a reserva do possível decorre do mesmo princípio aplicável nas relações privadas, pois também nesta há limitações financeiras em face das inúmeras necessidades humanas que obrigam as pessoas a fazer escolhas e a eleger as prioridades de acordo com o orçamento pessoal, com a disponibilidade econômica. Quem é assalariado, por exemplo, terá que escolher quais são as prioridades de gastos para que o salário não acabe antes do fim do mês. O mesmo vale para as escolhas políticas.

Não se pode perder de vista também que conceito de reserva do possível pública está diretamente relacionado com o princípio da progressividade na concretização dos direitos sociais. Os direitos prestacionais, a exemplo do direito à saúde, não são implementados pelo Estado de forma progressiva, de modo que, na medida em que o tempo vai passando, vão se tornando cada vez mais concretizados.

---

<sup>209</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov 2013.

<sup>210</sup> A proibição é repetida pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2000), ao prever, em seu art. 24: “Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 nov 2013)

Portanto, quando se trata de direitos sociais prestacionais, é preciso ter a consciência de que os recursos são insuficientes para atender a todas as demandas. Não é possível agradar a todos e, por isso, as escolhas devem ser as mais democráticas possíveis, para tornar transparente o que e quem não foi contemplado.

## 2.5. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto acima, no Brasil, é o Poder Legislativo quem dita as prioridades nos gastos públicos, através do sistema orçamentário, onde são feitas as escolhas das prioridades, determinando o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. Já, ao Poder Executivo, é delegada a função de realizar esses gastos, implementando os objetivos de longo, médio e curto prazo, na forma estabelecida na lei.

No Estado Democrático de Direito, com o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, surge, também, o direito de acesso à justiça ou aos tribunais, que no dizer de Paulo Márcio Cruz<sup>211</sup> “não só é uma expressão juridicamente subjetiva, mas também é um instrumento ou mecanismo para a defesa dos direitos substantivos”.

É exatamente na definição das políticas públicas para o cumprimento dos direitos sociais de prestação, em especial, à saúde e à educação, que surge a polêmica questão que envolve a judicialização da política. Questiona-se, então, a ampliação da discricionariedade do Poder Judiciário, que passa a assumir uma função ligada a questões que perpassam pela política, especialmente no controle judicial sobre os atos administrativos.

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar<sup>212</sup> afirmam que a “importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social”.

Releva desde já ressaltar que a judicialização não se confunde com o

---

<sup>211</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 156-158.

<sup>212</sup> CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. In: Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano. (coord. José Antonio Savaris e Carlos Luiz Strapazzon). p. 495.

ativismo judicial, pois, segundo Luis Roberto Barroso<sup>213</sup>, enquanto este é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, a judicialização seria “um fato, ou uma circunstância que decorreria do próprio modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.” Portanto, a judicialização ocorre quando há uma norma que permite que dela se deduza uma pretensão perante o Judiciário.

Para Vanessa de Oliveira<sup>214</sup>, a judicialização da política é entendida como “a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política, tais como controvérsias a respeito de normas, resoluções e políticas públicas em geral, adotadas/implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo”.

O fenômeno da judicialização decorre, em grande parte, do imenso rol de direitos fundamentais inseridos no texto da Constituição de 1988. Frente a inúmeras contingências, especialmente de ordem orçamentário-financeira, verifica-se a impossibilidade de sua real satisfação, restando ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário para ter o seu direito assegurado.

Há quem sustente que, não tendo o Brasil tradição de garantia de liberdades e devido ao atraso das condições econômicas e sociais, quando a Assembleia Constituinte foi convocada, aproveitou-se o sentimento de redemocratização para inserir no texto da Constituição brasileira de 1988 um rol generoso de liberdades e direitos, em especial os direitos sociais.

Sabe-se que serviram de inspiração para o constituinte brasileiro, dentre outras, a Constituição portuguesa de 1976 e até a Constituição alemã de 1949. Entretanto, nem a Constituição alemã pós-nazismo avançou tanto como a brasileira em matéria de direitos sociais.

Com isso, constata-se, conforme Marcos Leite Garcia<sup>215</sup>, que há “uma enorme discrepância, um abismo, entre a realidade social e os textos positivos

---

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 71-91

<sup>214</sup> OLIVEIRA, Vanessa E. de. **Judiciário e privatizações no Brasil: Existe uma judicialização da política?** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, nº. 3, 2005, p. 559-587.

<sup>215</sup> GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba**. In: VALLE, Juliano Keller do. MARCELINO JR, Julio Cesar (orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 191.

referentes aos direitos fundamentais em nossa nação”.

Sobre essa questão, lembra, com razão, Osvaldo Ferreira de Melo<sup>216</sup> que nos “países em penoso processo de desenvolvimento, procura-se copiar desastrosamente preceitos constitucionais de países desenvolvidos e isso se transforma muitas vezes em pura demagogia e falácia”. Ao discorrer sobre os direitos sociais assegurados no texto da Constituição Federal de 1988 e “formalmente colocados como direitos vinculados à imediata prestação do Estado<sup>217</sup>”, afirma o autor que “ninguém precisa ser detentor do Prêmio Nobel para saber que a economia brasileira não tem condições de assegurar esses direitos, nem a curto, nem a médio prazo, infelizmente<sup>218</sup>”.

Trata-se do fenômeno da legislação simbólica cujo objetivo, segundo Marcelo Neves<sup>219</sup>, pode ser

[...] fortificar ‘a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado’. Neste caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

De qualquer forma, a partir do momento em que uma prestação estatal ou um direito individual é disciplinado em uma norma constitucional, ele se transforma em pretensão jurídica e pode ser exigido perante o Poder Judiciário, ou seja, é possível judicializar a exigência do direito, questionando as políticas públicas adotadas para a sua concretização.

A possibilidade de submeter uma política pública ao controle jurisdicional é inquestionável, em decorrência do já citado princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

---

<sup>216</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 59.

<sup>217</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. p. 62-63.

<sup>218</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. p. 62-63.

<sup>219</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

Em decorrência desse princípio, segundo Nelson Nery Junior<sup>220</sup>, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito”. Assim, todo aquele que se configurar como titular de um direito ameaçado ou lesado, e que preencha as condições para a propositura da ação, poderá invocar a tutela jurisdicional, compreendida esta como o poder conferido ao Judiciário de dizer o direito no caso concreto.

Partindo da premissa de que todos os direitos sociais previstos na Constituição possuem um grau mínimo de eficácia e em respeito à norma que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais, explica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>221</sup> que “o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia”.

Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>222</sup> pondera que

[...] a única vinculação razoável e possível do Estado em direitos sociais reconduz à garantia do mínimo social que resulta do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais.

Se para todo gasto público deve haver previsão orçamentária, o questionamento que se faz é: caso o orçamento não preveja determinada despesa nem comporte a transferência ou realocação de verbas, pode o Poder Judiciário determinar que o gestor público preste um serviço ou atenda a um direito fundamental pleiteado isoladamente ou visando à execução de políticas públicas?

A resposta que o Poder Judiciário brasileiro tem dado atualmente a esse questionamento é afirmativa.

Na anteriormente citada decisão monocrática proferida no julgamento da ADPF nº 45, o Ministro Relator Celso de Mello afirmou que o Poder Judiciário poderia, embora excepcionalmente, formular e implementar políticas públicas, destacando que:

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação

<sup>220</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.100.

<sup>221</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 256.

<sup>222</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** 5ª. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1999, p. 451.

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

A decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello tem sido replicada diariamente em todas as instâncias do judiciário brasileiro, especialmente nas questões envolvendo os direitos sociais à saúde e à educação.

Embora esses direitos estejam assegurados mediante políticas públicas, observa-se um elevado grau de judicialização nesses temas, com inúmeras decisões judiciais determinando a garantia de vaga em creche ou pré-escola, bem como a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, em desacordo com as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo e com as leis, especialmente as leis orçamentárias aprovadas pelo Legislativo, transformando o Judiciário em uma instância de implementação de direitos sociais e coletivos.

Podem ser citadas como exemplo dessa judicialização a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que obriga o Município de Blumenau a fornecer vagas em período integral em creches a todas as crianças cujos pais desejem matriculá-las<sup>223</sup>; bem como a decisão que obriga o fornecimento de prótese importada indicada “para amputação transfemural, MID, com encaixe de silicone, joelho modular hidráulico monoeixo em alumínio, com peça de rotação, pé trias, espuma e pintura<sup>224</sup>”.

Embora seja um fenômeno presente, muitos são os argumentos levantados pela doutrina contrários à judicialização das políticas públicas.

---

<sup>223</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Civil nº. 2010.033282-9. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 26/10/2010. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp#>. Acesso em 10 dez 2013.

<sup>224</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Civil nº. 2010.043333-4. Relator Des. Substituto Ricardo Roesler, julgado em 05/10/2010. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>. Acesso em 10 dez 2013.

Sustentando esse posicionamento, Eduardo Appio<sup>225</sup> enumera:

[...] 1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nesses casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando da discricionariedade existindo verdadeira “reserva especial de administração”. [...] (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria que suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais poderes [...] Finalmente (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais [...].

Em síntese, pode-se afirmar, então, que os argumentos contrários à judicialização das políticas públicas centram-se, basicamente, na falta de legitimidade democrática, na politização da justiça ou judicialização da política e na falta de capacidade técnica do Judiciário para decidir determinadas matérias.

O questionamento quanto à legitimidade do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas está relacionado ao Estado Democrático de Direito, haja vista que não sendo os juízes eleitos, não tendo se submetido às regras do jogo democrático, não possuiriam eles a função de elaborar o direito. Ao determinar a implementação de determinada política pública, o Judiciário interfere em decisões políticas que foram alcançadas por representantes eleitos.

Sobre essa questão, pondera Américo Bedê Freire Júnior<sup>226</sup> que,

[...] haveria na atuação dos juízes em matéria política uma legítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.

Para Luis Roberto Barroso<sup>227</sup>, esses riscos para a legitimidade

<sup>225</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p.151.

<sup>226</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 71-91.

democrática “se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis”. Segundo ele, diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo, mas quando houver “lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la”. Nesses casos, devem prevalecer as escolhas do legislador, pois é ele quem detém o voto popular.

Aplica-se também aqui a teoria de Ronald Dworkin, que estabeleceu uma diferença entre as questões sensíveis à eleição e as questões insensíveis à eleição, afirmando que as questões de política são “sensíveis à eleição” (e à vontade da maioria), enquanto que as questões de princípios “não são sensíveis à eleição”, o que autorizaria o seu controle por meio da atividade judicial.

Exemplificando a sua teoria, afirma Dworkin<sup>228</sup>:

[...] a decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. [...] a decisão de matar ou não os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição.

Em sua construção, Dworkin esclarece que “as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas<sup>229</sup>”. Isso se traduziria em uma limitação ao exercício da atividade controladora do Judiciário, que não poderia decidir casos que envolvam políticas públicas com argumentos gerados por políticas, muito embora eles possam ser considerados na fundamentação.

Assim, o controle judiciário das políticas públicas não poderia ser realizado a partir de argumentos de política, mas por argumentos de princípio, o que não afastaria a possibilidade de o juiz, no caso concreto, levar em consideração, também, como motivos secundários, argumentos de política.

Esse mesmo entendimento tem em conta o fato de que as escolhas nas aplicações dos recursos financeiros devem ser feitas pelos representantes do povo legitimamente eleitos e não por juízes.

Com relação à capacidade institucional, o Judiciário deverá verificar se,

---

<sup>228</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 224

<sup>229</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 132.

em relação ao caso submetido à apreciação, outro Poder, órgão ou entidade não teria melhores condições técnicas para decidir. Casos como a abertura de uma via pública, a construção de uma ponte ou de uma creche e até mesmo questões mais sensíveis, como a indicação de medicamento ou tratamento médico, são situações que envolvem conhecimento técnico que o Poder Judiciário não possui e que deveria, portanto, dar deferência às decisões tomadas nas instâncias técnicas.

Nessa linha de raciocínio, é importante ressaltar que a proteção prevista no texto constitucional é o direito, podendo o Judiciário tutelar as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos e, por isso, excluem-se, segundo Maria Paula Bucci<sup>230</sup>, “os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”.

Assim deve ser porque, no entendimento manifestado pela mesma autora, “Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as conseqüências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide são imprevisíveis<sup>231</sup>”.

Desse modo, o controle judicial das políticas públicas seria admitido apenas nos casos de carência de implementação de políticas públicas formuladas, o que caracterizaria violação dos direitos fundamentais, visando garantir o mínimo existencial, situações em que a discricionariedade seria zero. Isso, no entendimento de Germana de Moraes<sup>232</sup>, ocorre “quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível”.

Esse é o entendimento expressado por Victor Abramovich e Christian Courts<sup>233</sup> quando apropriadamente afirmam:

Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los

<sup>230</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 31.

<sup>231</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 33.

<sup>232</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública** – 2ª ed. – São Paulo: Dialética, 2004. p. 169.

<sup>233</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madri: Trotta, 2004, p. 251

poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.<sup>234</sup>

Luis Roberto Barroso<sup>235</sup> segue esse mesmo posicionamento concluindo que:

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juizes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

De acordo com o exposto acima, verifica-se, portanto, que a judicialização não deve retirar do cidadão a oportunidade de influir na formulação de políticas públicas e na edição de normas que as vinculam. Caso se mantiver o acesso ao judiciário para pedir tudo e qualquer coisa que cada cidadão entende ter direito, não haverá orçamento, nem quadro de profissionais capazes de dar conta de toda demanda.

Corroborando essa perspectiva, o Des. José Maria Rosa Tesheiner, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, muito bem ponderou no voto que proferiu no julgamento do Agravo Regimental nº. 593012578:

Nem tudo tem solução jurisdicional.  
Fala-se, de um modo muito impreciso, em direito à alimentação, direito à habitação, direito à saúde, direito à vida digna. Podem-se conceituar esses ditos direitos como verdadeiros direitos subjetivos amparáveis jurisdicionalmente?  
Penso que não. Hoje temos aqui um caso isolado e a concessão da segurança não criará problema maior. Mas como nos veremos, se tivermos

<sup>234</sup> “Assim, o Judiciário não tem a tarefa de formulação de políticas públicas, mas sim de examinar o desenho de políticas com as normas legais aplicáveis e - em caso de encontrar diferenças - encaminhar o assunto às autoridades competentes, para que possam ajustar suas atividades em conformidade. Quando as regras constitucionais ou legais definirem diretrizes para a formulação de políticas públicas e as autoridades não tomarem nenhuma ação, o Judiciário deve reprovar essa omissão e reenviar o assunto para que sejam tomadas medidas apropriadas. Essa dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação no << diálogo >> entre os diferentes ramos do governo para a realização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelas convenções de direitos humanos”. (tradução livre nossa)

<sup>235</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

uma avalanche de mandados de segurança, uns pedindo medicamentos, outros pedindo arroz, outros pedindo habitação?  
Vamos resolver os problemas da pobreza, da cor e do sofrimento através de decretos judiciais? [...]<sup>236</sup>

Pode-se afirmar, conclusivamente, então, que mesmo no caso brasileiro das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais de prestação à educação e à saúde, para os quais a própria Constituição define a vinculação de dotações orçamentárias, devem ser elas cumpridas de acordo com as metas estabelecidas pelo Poder Executivo, engendradas no plano de governo de quem foi escolhido pela população.

Não cabe ao juiz, que não tem conhecimento técnico suficiente, criar ou definir prioridades nas políticas públicas. De forma excepcional, poderá o Judiciário determinar a execução e o cumprimento de políticas já fixadas e escolhidas pela sociedade.

## **2.6. ASPECTOS NEGATIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Estando o fenômeno da judicialização presente entre nós, e ao que tudo indica, de forma irreversível, a pergunta que se deve fazer é se uma melhora da eficácia das políticas públicas é percebida devido à judicialização da política?

A resposta parece ser negativa, pois com a judicialização se observa que, invariavelmente, não há uma preocupação do juiz em analisar se o pedido é consistente, ou seja, se não há outros meios de resolver a questão; se o deferimento desse direito não vai reduzir ou aniquilar outros direitos fundamentais de igual importância e, principalmente, se o ente estatal a quem é endereçada a decisão possui capacidade econômico-financeira para cumpri-la.

Dentre os aspectos negativos, o mais evidente é o aumento do número de processos judiciais. Em razão do grande número de demandas dirigidas ao Judiciário para que promova as políticas públicas não implementadas pelo Executivo, aquele Poder está abarrotado de processos, o que resulta em morosidade na solução dos litígios.

---

<sup>236</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo Regimental nº. 593012578. Relator Des. Milton dos Santos Martins. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?tb=proc>. Acesso em 30 nov 2013.

No caso específico do direito à saúde, a judicialização excessiva vem chamando a atenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual já elaborou duas Resoluções (nº. 31/2010 e nº. 36/2011) que serviram de parâmetro decisório nas diversas ações do Judiciário. A Recomendação nº. 31/2010 permitiu a solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde e a Recomendação nº. 36/2011 contribuiu para solucionar demandas referentes à assistência à saúde suplementar.

Segundo relatório do CNJ, há 240 mil ações na Justiça relacionadas ao direito à saúde. A maior parte dos processos é referente a reclamações de pessoas que reivindicam, na Justiça, acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos, além de ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados.

Mais recentemente, em 20 de agosto de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação nº. 43<sup>237</sup>, pela qual sugere aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública, bem como para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

De acordo com a recomendação, as novas varas para julgar processos envolvendo questões de saúde deverão ser criadas nas varas de Fazenda Pública, as quais agregariam uma nova competência.

Outra recomendação aprovada diz que o conhecimento sobre o direito à saúde será cobrado nos concursos públicos para ocupar cargos no Poder Judiciário e também nos cursos de formação dos juizes. "O cenário normativo envolvido na questão é vasto e exige do magistrado e dos servidores envolvidos na decisão desse tipo de demanda, certa especialização na matéria<sup>238</sup>", diz parecer do CNJ anexado à Recomendação. Na sequência, estabelece o mesmo documento que: "A especialização de varas de saúde pública pode garantir maior conhecimento dos magistrados e servidores, bem como, decisões mais adequadas e tecnicamente precisas<sup>239</sup>".

---

<sup>237</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº. 43, de 20 de agosto de 2013.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>. Acesso em 08 Out 2013.

<sup>238</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº. 43, de 20 de agosto de 2013.**

<sup>239</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº. 43, de 20 de agosto de 2013.**

No entanto, parece não ser esta a melhor solução para o problema, pois os juízes continuarão não possuindo capacidade técnica para enfrentar as questões que lhe são dirigidas. Especialista no tema, Carlos Portugal Gouvêa<sup>240</sup> assim pondera:

Quando pensamos no caso da saúde, não seria nem o caso do judiciário ter um órgão especializado. O sistema previsto pela Constituição Federal é o de que essa análise técnica deve ser feita pelo executivo, e, no caso do SUS, pelo Ministério da Saúde. O que os juízes devem fazer é exigir que seja realizado o procedimento administrativo previamente ao processo judicial, para que o processo possa ser instruído com os dados técnicos. É o que prevê a Lei nº 12.401/2011, ao determinar que é o Ministério da Saúde que deve determinar os remédios que entram ou não na lista do SUS para distribuição gratuita. Então, pelo texto legal deixou de ser uma questão de quem tem capacidade técnica e passou a ser uma questão de quem tem autoridade para tomar tais decisões.

Outro aspecto negativo da judicialização é a possibilidade de manipulação das decisões judiciais por pessoas que não necessitam de atendimento e que se utilizam do Poder Judiciário para lesar os cofres públicos<sup>241</sup>.

Sobre essas questões, Eduardo Appio<sup>242</sup> faz apropriado comentário:

Ademais, enquanto a lógica do gestor público está atenta a uma relação de custo/benefício em um plano macrorregulatório, a percepção do juiz no caso concreto é estritamente individual, sem qualquer atenção para as repercussões econômicas de sua decisão. Esta, em muitos dos casos, acabará involuntariamente servindo aos interesses de uma indústria

<sup>240</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sitio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde.**

<sup>241</sup> Este fato já vem ocorrendo, conforme veiculado pelo Programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, que no ano de 2008 noticiou: “A polícia investiga o envolvimento de funcionários do setor farmacêutico numa fraude milionária para lesar os cofres públicos. Segundo a polícia, os golpistas usam laudos falsos e entram com ações na Justiça para que o estado seja obrigado a comprar medicamentos desnecessários. Os remédios custam caro, estão fora da lista do Sistema Único de Saúde e eram receitados para pessoas que nem estavam doentes. [...] Segundo a polícia, pelo menos R\$ 1 milhão saíram dos cofres públicos, em uma fraude com a participação dos médicos e dos representantes dos laboratórios. [...] Esse esquema ilegal começava em uma ONG, em Marília, a Associação dos Portadores de Psoríase e Vitiligo, outra doença de pele. Pessoas que procuravam a ONG eram encaminhadas para o dermatologista \_\_\_\_\_. Segundo a polícia, o médico fazia laudos falsos para justificar o tratamento com os remédios vendidos pelos representantes das três empresas. Como em São Paulo eles não constam da lista dos medicamentos distribuídos de graça pelo SUS, os advogados da ONG, \_\_\_\_\_, entravam com ações na Justiça. ‘Os advogados obtinham liminares e o Estado era forçado a adquirir o remédio e fornecer para aquele paciente’. [...]”. PROGRAMA FANTÁSTICO DA REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Exibido em 28 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.globo.com/fantastico>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>242</sup> APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial e direito à saúde no Brasil: os pobres estão pagando a conta dos ricos?** In: MPD Dialógico: Revista do Movimento do Ministério Público, Ano VI, nº. 27, p. 20, janº. 2009. Disponível em: [http://www.mpd.org.br/img/userfiles/image/Dialogico\\_27.pdf](http://www.mpd.org.br/img/userfiles/image/Dialogico_27.pdf). Acesso em 30 nov 2013.

farmacêutica ávida por novos lucros, aliada a profissionais com interesses alheios aos de seus clientes/pacientes.

Nesse mesmo diapasão, outro aspecto negativo da judicialização excessiva é o notável incremento de custos do financiamento das políticas públicas, o que faz com que os gastos com saúde pública do país já correspondam ao dobro do que se gasta, por exemplo, com educação pública.

De acordo com o relatório de gastos para atendimentos de decisões judiciais elaborado pela Advocacia-Geral da União – Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde<sup>243</sup>, os valores gastos pelo Ministério da Saúde para atendimento de decisões judiciais, por meio de depósito judicial ou por meio de repasses aos Estados e aos Municípios para que estes cumpram a decisão judicial de aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos, totalizaram, no ano de 2012, o montante de R\$ 348.730.256,94.

Já o Estado de Santa Catarina, segundo o mesmo relatório<sup>244</sup>, gastou, no ano de 2010, com medicamentos e tratamentos médicos ordenados nas ações judiciais, o montante de R\$ 93.406.294,52.

Nunca é demais lembrar, nas palavras do juiz federal Eduardo Appio<sup>245</sup>, que “Novos custos significam mais impostos a serem suportados, certamente com maior dificuldade pela camada mais pobre da população. A regulação judicial aprofundará os abismos sociais no país”.

A triste realidade é que, enquanto os gastos com saúde aumentam, a qualidade no atendimento das camadas mais pobres da população só piora e, segundo Carlos Portugal Gouvêa<sup>246</sup>,

Quando observamos que a qualidade do atendimento do SUS continua sendo precária e, ao mesmo tempo, recursos cada vez mais substanciais são gastos para atender demandas individuais, o que observamos é a privatização do serviço público que está no âmago da nossa desigualdade social. Tais remédios têm um custo, e essa perda será socializada pela restrição de serviços básicos aos mais pobres, já que são os que têm

---

<sup>243</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Relatório de gastos para atendimento de decisões judiciais.** Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/EVOLU%C3%87%C3%83O%20GASTOS.pdf>. Acesso em 30 nov 2013.

<sup>244</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Relatório de gastos para atendimento de decisões judiciais.**

<sup>245</sup> APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial e direito à saúde no Brasil: os pobres estão pagando a conta dos ricos?**

<sup>246</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sitio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde.**

menos condição de reclamar. É um problema triste, mas um problema que terá que ser enfrentado já que o número de ações individuais vai continuar crescendo e comprometendo o orçamento de saúde da União, Estados e Municípios.

É sabido, por exemplo, que para o cumprimento de uma decisão que determina o fornecimento de um medicamento ou o tratamento de alto custo serão retirados recursos do Sistema Único de Saúde, prejudicando, na maioria das vezes, o atendimento básico da população.

Numa análise das decisões judiciais diariamente deferidas, observa-se que, em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão e, muito menos, com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento, esquecendo-se de que os recursos públicos são limitados.

Ao deferir a liminar, o Judiciário resolve o problema do demandante, mas o Poder Executivo continuará com um problema, pois cumprirá a decisão retirando recursos de outros projetos que também são essenciais e dizem respeito à vida humana. Assim, o Executivo terá a árdua tarefa de escolher onde aplicar os recursos, pois em se tratando de vida humana todas têm o mesmo valor.

A judicialização não considera que há outras pessoas que dependem de recursos públicos para sobreviver e é delas que poderá ser suprimido o atendimento para cumprir as decisões judiciais.

A utilização dos escassos recursos existentes no atendimento de situações individualizadas põe em risco a saúde de toda a população e prejudica o programa global de assistência do sistema. Isso pode gerar resultados catastróficos à população carente, que necessita de medicamentos e de assistência em geral, benefícios que serão diminuídos com a destinação de recursos para o atendimento de situações particularizadas.

Por isso, as políticas públicas devem refletir o princípio republicano, que, nas palavras de Paulo Marcio Cruz<sup>247</sup>, objetiva “o interesse público, e esse interesse deve coincidir com o Interesse da Maioria”, lembrando que as “minorias devem ser respeitadas nos seus direitos, mas elas não podem impor os seus interesses”.

A judicialização da política não é a melhor forma de consolidação da

---

<sup>247</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. p. 76-77.

democracia e contraria o Princípio Republicano, pois implementa políticas para uns em detrimento de outros. Sobre essa questão, o grande desafio é não permitir que a aferição do interesse da maioria seja mascarada ou deturpada e, para isso, afirma Paulo Marcio Cruz<sup>248</sup> que “é preciso que os cidadãos estejam aptos para o exercício da cidadania e que a Sociedade, em sua maioria, tenha a República e o Princípio Republicano como seus principais vetores de atuação”.

O melhor caminho seria, então, a implementação de uma democracia participativa, não através do Judiciário, mas através de conselhos municipais e de audiências públicas que possibilitassem a participação de cidadãos na formulação e na implementação de políticas públicas necessárias à comunidade como um todo e não somente a determinadas pessoas que ingressam com ações no Judiciário.

---

<sup>248</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. p. 78.

## CAPÍTULO 3

# O DECISIONISMO JUDICIAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

### 3.1. ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento dos direitos fundamentais é explicado por algumas teorias, dentre as quais está o jusnaturalismo, que prega a existência de um direito natural, alheio à vontade estatal, tido como absoluto, perfeito e imutável.

Com o surgimento das teorias contratualistas do Estado, o jusnaturalismo se destaca na teoria de John Locke, que, partindo do pressuposto de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, torna esses bens conteúdos de direito oponíveis ao próprio Estado.

Conforme John Locke<sup>249</sup>:

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte.

Essa teoria inspirou a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>250</sup>.

Nessa linha, o artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia<sup>251</sup> estabelece que todos os homens são, por natureza, livres e têm direitos inatos, dos quais não se despojam ao passarem a viver em sociedade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece, em seu artigo 2º, que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do

---

<sup>249</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Two Treatises of Government*, p. 468.

<sup>250</sup> FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível no sítio oficial da Embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem> acessado em 03 fev 2013.

<sup>251</sup> Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 03 fev 2013.

homem. O artigo 4º da mesma Declaração<sup>252</sup> afirma que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

Apesar de esses documentos serem o marco histórico dos direitos dos indivíduos, a doutrina<sup>253</sup> lembra que outras declarações de direitos já haviam sido reconhecidas, anteriormente, na Inglaterra, como a Magna Carta de 1215 dada pelo Rei João Sem-Terra aos bispos e barões ingleses, assegurando alguns privilégios feudais aos nobres. Também a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, asseguravam direitos aos cidadãos ingleses, como a proibição de prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição. Tais direitos eram fundamentais, ainda que não fossem constitucionalizados.

Embora a Magna Carta de 1215 não fosse uma declaração de direitos, pois concedia privilégios apenas aos senhores feudais, foi ela o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. O referido documento possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesiásticas e também previa limitações ao poder de tributar, dentre outros direitos fundamentais consagrados até os dias atuais.

Todavia, uma vez que aqueles direitos não se tratavam de normas jurídicas obrigatórias é que se afirma que os direitos tidos como naturais foram reconhecidos e positivados, pela primeira vez, na Declaração de Direitos, acolhida pela Constituição Americana.

Com o jusnaturalismo racionalista, os direitos fundamentais ganham destaque, uma vez que essa teoria inverte a relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo que o indivíduo tem primeiro direitos e depois deveres perante o Estado e, este tem, em relação ao indivíduo, primeiro deveres e depois direitos.

Para Bobbio<sup>254</sup>, essa concepção individualista “significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”.

Em razão desse caráter histórico, os direitos fundamentais não permitem a absolutização na sua definição. Assim, dentro ainda de uma perspectiva histórica, observa-se a evolução dos direitos fundamentais nas chamadas gerações ou

---

<sup>252</sup> FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.**

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** p. 45.

<sup>254</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 60.

dimensões.

Como afirma Bobbio<sup>255</sup>, os direitos não nascem todos de uma vez. De acordo com o autor: “Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem, ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”.

Os direitos fundamentais são classificados em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, conforme o momento histórico cronológico em que passaram a ser reconhecidos e positivados.

A primeira geração de direitos fundamentais dominou o século XIX, tendo seu fundamento nas Declarações, sendo a primeira a do Estado da Virgínia, datada de 1776. Entretanto, a que influenciou, de modo mais decisivo, os direitos fundamentais de primeira geração foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada pela Revolução Francesa de 1789.

Formaram a primeira geração de direitos fundamentais os direitos de liberdade, que são os direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo. Tais direitos são oponíveis ao Estado e traduzem atributos da pessoa humana.

Os direitos de primeira geração exigem uma prestação negativa do Estado, valorizando a liberdade do indivíduo. A liberdade de consciência, de culto e de reunião e a inviolabilidade do domicílio são exemplos de direitos fundamentais de primeira geração, que têm como titular o homem individualmente considerado.

A consagração dos direitos fundamentais de primeira geração foi resultado do movimento constitucionalista, cujo objetivo era a judicialização do absolutismo, tanto no seu sentido político, quanto no econômico. O movimento pretendia que se assegurasse a separação dos poderes e que se proclamassem direitos individuais num documento constitucional, como garantias da liberdade.

Esse período é associado à ascensão econômica da burguesia, que reclamava influência política para se consolidar. Ressalta-se que, na mesma época, ganha força a teoria da personalidade jurídica do Estado. A afirmação de que o Estado é sujeito de direitos e de obrigações é essencial para que os direitos fundamentais lhe possam ser opostos.

Nesse contexto, é compreensível que os direitos fundamentais sejam os

---

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 6.

direitos de liberdade, isto é, direito de não intervenção do Estado, principalmente, na propriedade privada.

Prosseguindo a análise da classificação, os direitos fundamentais de segunda geração buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo seu fundamento no princípio da igualdade. Esses direitos obrigam o Estado a prestações positivas na realização da justiça social.

Por exigirem do Estado prestações positivas, muitas delas impossíveis de serem cumpridas, os direitos de segunda geração permaneceram por um longo período na esfera programática, reconhecidos apenas como diretrizes ou programas a serem atingidos.

Após atravessarem uma crise de observância e execução, constituições recentes, a exemplo da Constituição do Brasil de 1988, passaram a prever a aplicabilidade imediata dos direitos de segunda geração. Disso decorre que esses direitos não podem mais ser descumpridos ou ter sua eficácia negada sob o argumento de se tratarem de normas programáticas.

Embora, na maior parte dos casos, esses direitos tenham por titulares os indivíduos, são chamados de direitos sociais por atenderem a reivindicações de justiça social.

No fim do século XX, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, baseados no princípio da solidariedade ou da fraternidade. Caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o homem isoladamente, mas a coletividade, os grupos sociais. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração a qualidade do meio ambiente, o direito à paz e a proteção ao patrimônio histórico e cultural.

Norberto Bobbio<sup>256</sup> afirma que é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que dá início à terceira e mais importante fase dos direitos fundamentais, pois, além de sua universalidade, ela

[...] põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

---

<sup>256</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 30.

A atribuição da denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade aos direitos da terceira geração, no entender de Ingo Sarlet<sup>257</sup>, é consequência da sua implicação universal “por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.

Entretanto, há quem veja a efetivação desses direitos com certo ceticismo. Norberto Bobbio<sup>258</sup>, em tom irônico, afirma que a “única coisa que até agora se pode dizer é que são expressões de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza”.

Com a finalidade de reforçá-los e garantir o seu cumprimento de maneira universal, diversas correntes de pensamento buscam um fundamento para os direitos fundamentais.

Segundo os jusnaturalistas, os direitos do homem advêm do direito natural, sendo, por isso, anteriores e superiores à vontade do Estado. Para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Já para os pós-positivistas, a teoria dos direitos fundamentais inclui a definição das relações entre valores, princípios e regras.

Para Bobbio<sup>259</sup>, é ilusório buscar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, até mesmo em razão da variedade de direitos tidos como tais. Diz ele que a tentativa de fixar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais seria contraproducente ao próprio desenvolvimento desses direitos. Ressalta Bobbio que quando a teoria jusnaturalista tomou por absoluto o direito de propriedade ela própria se tornou um entrave, por longo tempo, ao progresso social. Conclui o autor que “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras<sup>260</sup>”.

A dificuldade de harmonizar as muitas concepções sobre os alicerces dos direitos fundamentais leva alguns a questionar a utilidade prática do estudo desses fundamentos, pois sustentam que mais importante do que encontrar fundamentos absolutos é encontrar fórmulas para proteger os direitos fundamentais.

Assim como é difícil encontrar um fundamento para os direitos humanos,

---

<sup>257</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 54.

<sup>258</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 9.

<sup>259</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 17-22.

<sup>260</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 17-22.

também os direitos fundamentais não possuem uma fundamentalidade material que permita o estabelecimento de um conceito amplo que alcance a todos.

Tal fato ocorre porque os direitos fundamentais não possuem uma classe homogênea, ou seja, vão acumulando-se conforme as exigências de cada momento histórico. Entretanto, a descoberta de características básicas dos direitos fundamentais é necessária para que se identifiquem, na ordem jurídica, direitos fundamentais implícitos ou que não estejam expressos textualmente na Constituição.

É senso comum que o ponto característico e a essência dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, essa tentativa de entrelaçar o princípio da dignidade humana aos direitos fundamentais não encontra uniformidade teórica, recebendo críticas como a de Gomes Canotilho<sup>261</sup>.

Para o jurista português, essa concepção “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>262</sup> O resultado seria, então, uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada.

Canotilho<sup>263</sup> defende a existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais derivam outros direitos fundamentais em sentido material, não constituindo, portanto, os direitos fundamentais, um sistema fechado. Os direitos fundamentais “formalmente constitucionais” são os enunciados por normas com valor constitucional formal e os “materialmente fundamentais” são os constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente.

Robert Alexy<sup>264</sup> vai buscar no positivismo o conceito do que sejam normas de direito fundamental, encontrando uma resposta compatível com a coerência interna da Constituição alemã. Citando dispositivos constitucionais, conclui o autor que “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”. Assim, a definição do que seja direito fundamental é ação que diz respeito muito mais a uma atuação política do que à atuação interpretativa de um

---

<sup>261</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 373.

<sup>262</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 373

<sup>263</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 73

<sup>264</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 68.

determinado conteúdo.

Entretanto, Alexy não defende um sistema fechado de direitos fundamentais. Ao contrário, defende a existência de normas com conteúdo fundamental não diretamente enunciadas pela Constituição, as quais denomina de “normas de direito fundamental atribuídas”.

Explica Alexy<sup>265</sup> que existem dois grupos de normas de direitos fundamentais: as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas.

Observa-se, portanto, que Gomes Canotilho inspirou-se no pensamento de Alexy, que dividiu os direitos fundamentais em dois grandes grupos separados de acordo com os meios pelos quais essas normas surgem ou se afirmam. O primeiro grupo corresponde aos direitos “formalmente fundamentais”, estabelecidos a partir de opção legislativa, e o segundo, aos direitos “materialmente fundamentais”, possuidores de conteúdo relacionado a um valor fundamental.

Para Alexy<sup>266</sup>, as tais normas atribuídas serão validadas a partir de uma referência a direitos fundamentais positivados nessas normas atribuídas. Assim, o surgimento da norma atribuída decorre da evolução interpretativa de uma norma efetivamente estabelecida.

Embora essa teoria possua o efeito positivo de se constituir em meio de criação de novos direitos fundamentais, ela acaba por traduzir uma relativa insegurança, primeiro porque não define com exatidão quais são os direitos fundamentais e segundo porque dificulta a tarefa de interpretar e legislar, pois se tem a obrigação de não contrariar algo que não é exato.

Mário Ferreira Monte<sup>267</sup> ao abordar o tema direitos humanos, afirma que por se referirem à dignidade da pessoa humana eles adquirem um valor universal “antes mesmo de entrarem no direito positivo” e por isso, para o autor lusitano “mesmo que a Constituição de um Estado proclame os direitos humanos, essa proclamação não passa do reconhecimento de algo que tem, por si,

---

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 73.

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 74.

<sup>267</sup> MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional**. In: Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade: Debate Luso-Brasileiro. (coord. Mário Ferreira Monte e Paulo de Tarso Brandão). Curitiba: Juruá, 2012, p. 71.

independentemente dessa prescrição jurídica, categoria suprema.”<sup>268</sup>

Afirma Mário Monte que a fundamentação dos direitos humanos há de ser metaconstitucional, não dispensando, entretanto, a sua positivação. “O direito natural funcionará então como uma instância interpretativa do direito positivo”<sup>269</sup>.

Ingo Sarlet<sup>270</sup> também defende a existência de direitos fundamentais fora do texto constitucional, mas pertencentes a um sentido material de fundamentalidade, afirmando que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Desse modo, direitos fundamentais em sentido material são as pretensões que, em que cada momento histórico, se revelam a partir do valor da dignidade da pessoa humana. Cabe ao intérprete analisar as circunstâncias históricas e culturais do momento para decidir quais pretensões podem ser consideradas como exigências desse valor.

Numa concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que visam garantir a dignidade da pessoa humana, desempenham eles variadas funções na sociedade, entre as quais merecem destaque a função de defesa ou de liberdade e a função de prestação.

Os direitos de defesa ou de liberdade impõem ao Estado um dever de abstenção. Essa abstenção, segundo José Carlos Vieira de Andrade<sup>271</sup>, significa dever de não-interferência ou de não-intromissão, respeitando-se o espaço reservado à autodeterminação do indivíduo. Nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Na função de defesa, o Estado, além de estar proibido de criar obstáculos, tem o dever de proteger o exercício dos direitos fundamentais perante terceiros. Assim, cabe ao Estado procurar impedir que qualquer indivíduo tenha seu

---

<sup>268</sup>MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional.** p. 73.

<sup>269</sup>MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional.** p. 73.

<sup>270</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** p. 120.

<sup>271</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998, p. 192.

asilado violado, que ocorra violação de correspondências, etc.

Nesse caso, assevera Canotilho<sup>272</sup> que “[...] diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado [...], mas entre o indivíduo e outros indivíduos”. Trata-se, por conseguinte, de um típico dever do Estado de impedir que terceiros impossibilitem qualquer cidadão de usufruir seus direitos fundamentais.

Encontram-se também na doutrina de Alexy alguns desdobramentos relevantes acerca dessas funções dos direitos fundamentais. Para o autor<sup>273</sup>, um sistema de posições jurídicas fundamentais traz uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como “Direitos”, quais sejam: direito a algo, liberdades e competências.

Liberdades estão relacionadas à liberdade jurídica ou permissão jurídica, destacando-se, dentre as liberdades não protegidas, as normas constitucionais permissivas, como o direito ao não embaraço por parte do Estado, em que se situam as normas de direitos fundamentais

As posições de competências estão relacionadas à capacidade jurídica, do Estado, o poder de interferir, de agir. Também aos cidadãos são garantidas competências que lhes asseguram capacidade de ação que eles, por natureza, não possuem, como exemplo, o direito de votar e de casar.

Para a divisão dos direitos a algo, que possui maior relação com o presente estudo, o autor utiliza como critério a distinção entre ações negativas (ou direitos de defesa) e ações positivas, dividindo as primeiras em três grupos.

O primeiro grupo é o dos direitos que o Estado não poderia impedir ou não poderia dificultar determinadas ações do titular do direito, como locomoção, expressão de opinião, culto, reunião.

O segundo grupo de ações negativas prevê que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito, como viver e ser saudável, a inviolabilidade do domicílio.

No terceiro grupo estão as garantias para que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito, que “o Estado não derogue determinadas normas”, o que se exemplifica com a proibição de extinção do direito

---

<sup>272</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p.385.

<sup>273</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193.

de propriedade de quem adquiriu um bem segundo as normas então vigentes<sup>274</sup>.

Já os direitos as ações positivas, que se referem aos direitos que o cidadão tem contra o Estado, Alexy<sup>275</sup> divide em dois grupos: os direitos a prestações fáticas e o direito a prestações normativas.

Os direitos a prestações fáticas são aqueles que dependem de uma ação positiva do Estado, como o direito a um mínimo existencial, à pretensão individual de criação de vaga em escola, à subvenção estatal, etc. O seu objeto consiste numa utilidade concreta, que pode ser um bem ou serviço.

Os direitos a prestações normativas têm por objeto a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Para exemplificar este grupo, apontam-se a emissão de normas jurídicas penais, de normas de organização e de procedimentos.

Ressalta-se que, a fim de que essas funções dos direitos fundamentais possam produzir efeitos perante os seus destinatários, é necessário que o Estado atue de modo normativo ou através da criação de meios estruturais, procedimentais e econômicos.

### **3.2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

É cediço que a Constituição Federal do Brasil de 1988 surgiu após um processo de redemocratização pós-regime militar, estabelecendo, por isso, um regime político democrático e propiciando um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

O compromisso ideológico desses direitos fundamentais, os quais servem de pilar ao Estado Democrático de Direito, foi estabelecido logo no preâmbulo da Constituição de 1988 onde se lê que esta veio para instituir um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>276</sup>”.

---

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 196-201.

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 202.

<sup>276</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em

O artigo 1º, ao estabelecer como princípios do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, demonstra o compromisso da Constituição com os direitos fundamentais.

Nos primeiros capítulos da Constituição Federal de 1988<sup>277</sup>, foram elencados inúmeros direitos e garantias individuais, que foram elevados ao *status* de cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, §4º, inciso IV. Ainda, o artigo 5º, §1º, assegura aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais, comprovando, assim, a prioridade conferida pelo texto constitucional aos direitos fundamentais.

A Carta Magna dedica cinco capítulos aos direitos e garantias fundamentais, entretanto não adota o critério tradicional de classificação entre direitos à prestação e direitos de defesa. Muito embora o texto constitucional não tenha utilizado essa distinção clássica dos direitos fundamentais, tal fato não obsta que se classifiquem cada um dos direitos enumerados na categoria de direito de defesa ou direito à prestação.

O artigo 5º da Constituição estabelece os direitos individuais e coletivos. Apesar de não ser fácil diferenciar quais direitos são individuais e quais são coletivos, cumpre destacar que a distinção é importante porque o artigo 60, §4º, inseriu, entre as cláusulas pétreas, apenas os direitos individuais.

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição<sup>278</sup>, que estabelece como direitos sociais básicos “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Nos artigos 193 a 204, no capítulo destinado à seguridade social, estão contemplados os direitos sociais relacionados à saúde, à previdência e à assistência social. O direito social relativo à educação e à cultura está previsto nos artigos 205 e seguintes da Constituição.

Dentre os direitos fundamentais catalogados na Constituição Brasileira, o direito fundamental à saúde mereceu especial atenção do Constituinte, tendo a Lei

---

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>277</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>278</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

Maior reservado uma seção inteira para a saúde no Capítulo que trata da Seguridade Social, além de abordar o tema em diversos outros dispositivos.

Inúmeros dispositivos constitucionais tratam da matéria, tais como o artigo 6º, que estabelece que a saúde é um direito social; o artigo 7º, inciso IV, o qual determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básica do trabalhador e de sua família, como a saúde e a educação, entre outras; e o inciso XXII, também do artigo 7º, que impõe a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança<sup>279</sup>”.

Outros dispositivos da Constituição Federal de 1988 continuam versando sobre o tema da saúde. De acordo com o artigo 23, inciso II, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública.” O artigo 24, inciso XII, estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para “legislar sobre a proteção e defesa da saúde<sup>280</sup>”. O artigo 30, inciso VII, outorga competência aos Municípios para “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população<sup>281</sup>”. O artigo 196 estabelece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário<sup>282</sup>”. Por seu turno, o artigo 197 reconheceu que “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle<sup>283</sup>”.

A estrutura geral e as diretrizes do Sistema Único de Saúde estão previstas no artigo 198 do texto constitucional ao prever que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único<sup>284</sup>”. Esse mesmo artigo estabelece que o Sistema Único de Saúde será

---

<sup>279</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>280</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>281</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>282</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>283</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>284</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), e que cada um dos entes federados deve aplicar, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

O artigo 199<sup>285</sup> faculta à iniciativa privada a assistência à saúde e prevê que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (§1º).

Ainda, no artigo 199, encontra-se a vedação de “destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos” (§2º), bem como, de “participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei” (§3º)<sup>286</sup>.

Menciona-se que as atribuições do Sistema Único de Saúde estão enumeradas no artigo 200 da Constituição Federal de 1988.

Observa-se, também, que alguns artigos da Constituição tratam os direitos à saúde e à educação de forma conjunta, como o artigo 208, inciso VII, que inclui a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental<sup>287</sup>. Da mesma forma, o artigo 227 determina que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde e à educação”. O §1º desse artigo prevê a participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando, ainda, a “aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil<sup>288</sup>”.

Destarte, muitas são as normas constitucionais que tratam, diretamente, da saúde e da educação, o que comprova a preocupação do poder constituinte em

---

<sup>285</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev 2013.

<sup>286</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

<sup>287</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

<sup>288</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

garantir o acesso de todos os cidadãos a esses importantes direitos fundamentais, que se incluem entre os direitos que visam assegurar um mínimo existencial.

A importância outorgada pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais à saúde e à educação é tamanha que o artigo 34, inciso VII, possibilita a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o “mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde<sup>289</sup>”.

Pelas mesmas razões, o artigo 35, inciso III, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios na hipótese de não ser aplicado o “mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde<sup>290</sup>”.

É incontroverso que uma das características marcantes dos direitos fundamentais seja a sua universalidade, segundo a qual a titularidade dos direitos fundamentais é de todos os seres humanos. Isso se traduz na conclusão que a qualidade de ser humano é condição suficiente para assegurar o exercício desse direito.

No caso específico do direito fundamental à saúde, lembram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>291</sup> que “existe uma rede normativa que atua como sistema jurídico de referência para proteção e promoção em nível internacional”, constituindo-se em direito de titularidade universal, de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não.

O direito à saúde é, portanto, um exemplo de direito humano que segundo Mário Ferreira Monte<sup>292</sup>, possui fundamento metaconstitucional ou translegal, pois seu exercício encontra fundamento no direito natural de todo ser humano.

O fato de o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, ter uma dimensão transindividual, não lhe retira a condição de direito fundamental de

---

<sup>289</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

<sup>290</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

<sup>291</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. p. 39.

<sup>292</sup> MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional**. p. 71

cada pessoa individualmente. Pode, por isso, ser reivindicado por cada um perante o Judiciário.

No caso brasileiro, os direitos fundamentais são qualificados com dupla fundamentalidade, isto é, formal e material, pois além de terem sido eles, expressa ou implicitamente, positivados no texto da Constituição (fundamentalidade formal), são dotados de relevância e essencialidade (fundamentalidade material). Conforme já afirmamos, a Constituição de 1988 estabelece, inclusive, em seu artigo 5º, §1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>293</sup>, fato que os exclui da disponibilidade plena dos poderes constituídos.

É importante ressaltar também que o direito à saúde pode enfeixar-se tanto na categoria dos direitos de defesa (negativos), quanto na categoria dos direitos à prestação (positivos). Como direito de defesa, tem-se a proteção do direito à saúde contra interferências e ameaças oriundas do Estado ou de atores privados. Como direito à prestação, traduz-se no fornecimento de bens materiais e serviços em favor do titular (atendimento médico, hospitalar, remédios, exames).

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>294</sup> afirmam que quando a Constituição Brasileira faz referência à saúde preventiva e à saúde curativa está em sintonia com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, conforme previsto no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, incorporado ao direito brasileiro em 1992, com o conceito proposto pela Organização mundial da Saúde (OMS).

Partindo dessas premissas, com a judicialização das políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal fixou o posicionamento de que tudo o que está na Constituição tem alguma eficácia mínima, aplicando, em suas decisões, o que se convencionou chamar de teoria da eficácia mínima.

Nas questões que envolvem, especificamente, a efetivação dos direitos fundamentais à prestação da saúde, a Suprema Corte pacificou o entendimento de que o Estado tem o dever de assegurar esse direito, pois está diretamente relacionado à dignidade da pessoa.

---

<sup>293</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 fev. 2013.

<sup>294</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM. Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. p. 41

A partir da fixação do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os direitos fundamentais possuem um grau mínimo de efetividade, a grande maioria dos pedidos, individuais ou coletivos, pleiteando a efetivação de algum desses direitos é prontamente deferida pelos tribunais e juízes singulares.

Com a judicialização, o que se observa é que, invariavelmente, não há uma preocupação do juiz em analisar se o pedido é consistente, ou seja, se não há outros meios de resolver a questão; se o deferimento desse direito não vai reduzir ou aniquilar outros direitos fundamentais de igual importância e, principalmente, se o ente estatal a quem é endereçada a decisão possui capacidade econômico-financeira para cumpri-la.

No entanto, há alguns limites que precisam ser observados, dentre eles a capacidade financeira do Estado, que vincula a implementação das políticas públicas asseguradoras dos direitos fundamentais, em especial à saúde e à educação, à disponibilidade orçamentária.

Considerando que o Governo brasileiro, em todas as suas instâncias, não consegue atender, em toda a extensão, os pleitos decorrentes do direito fundamental à saúde previsto no texto constitucional, essas demandas são direcionadas ao Poder judiciário, que, adotando uma postura ativista e muitas vezes decisionista, acaba interferindo na formulação das políticas públicas e beneficiando quem menos precisa em detrimento dos mais necessitados.

### **3.3. O ACESSO À JUSTIÇA VERSUS O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

Conforme visto no capítulo anterior, um dos aspectos negativos da judicialização é a imposição convertida ao cidadão para que ingresse no judiciário e, desse modo, demande pela política pública de que necessita. Corroborando essa visão, segue contribuição de Luiz Rodrigues Wambier<sup>295</sup>,

[...] o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (=provocação) do interessado. O Código de Processo Civil Brasileiro está baseado fundamentalmente neste princípio, como se vê da disposição constante no art. 2º. Segundo essa regra, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”, nos casos e forma legais.

---

<sup>295</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.68.

Nesse aspecto, não se pode perder de vista, conforme lembram Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar<sup>296</sup>, que o “Poder Judiciário enquanto poder político desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados”.

Todavia, é cediço que, no Brasil, o acesso à justiça não é igualitário, pois as pessoas que possuem maior renda e maior nível educacional acessam o Poder Judiciário com mais facilidade que aquelas mais pobres, que sequer conhecem os seus direitos. Contraditoriamente, são estas as que mais necessitam das políticas públicas.

Aqueles que possuem maior poder aquisitivo e que teriam condições de pagar por serviços de saúde é que acessam o Poder Judiciário, o qual, invariavelmente, defere o pedido. A posição histórica do Supremo Tribunal tem sido em favor da tutela judicial da saúde a qualquer custo, com base na proteção do direito à vida.

Nesse mesmo sentido, os demais tribunais inferiores, a exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vêm decidindo que

O direito à saúde, nem na Carta Política, tampouco em legislação infraconstitucional, tem seu exercício condicionado ou limitado à comprovação de pobreza ou hipossuficiência daquele que requer a assistência do Estado<sup>297</sup>.

Com isso, o que se observa na maioria das decisões judiciais é que não há uma preocupação em verificar a essencialidade do direito pleiteado e as condições pessoais dos envolvidos. Tornou-se comum as pessoas detentoras de posses, inclusive para pagar bons advogados, obterem no Judiciário os direitos que envolvem grande dispêndio de recursos, enquanto a maioria da população, que sequer conhece seus direitos, se acotovela em filas intermináveis nos postos de saúde e pronto-socorros públicos à procura de uma simples consulta médica e de remédios básicos.

Basta analisar os números das ações na área da saúde para se constatar que os juízes vêm ordenando aos serviços públicos de saúde, em todos os níveis da

---

<sup>296</sup> CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. In: Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano. (coord. José Antonio Savaris e Carlos Luiz Strapazzon). p. 495.

<sup>297</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento nº. 2008.054686-1. Relator Des. José Volpato de Souza, julgado em 8-06-2009.

Federação, que financiem tratamentos não contemplados na política de saúde elaborada pelas respectivas secretarias e pelo Ministério da Saúde. Esses tratamentos, muitas vezes, são de elevadíssimo custo, disponíveis apenas no exterior e, frequentemente, tão ou menos eficazes que os disponíveis no sistema público de saúde.

Diante da escassez de recursos, a consequência dessa judicialização não se traduz, ao contrário do que se poderia imaginar, em ampliação do acesso a serviços de saúde a camadas da população anteriormente excluídas. O resultado inevitável é, na verdade, uma substituição parcial das prioridades de investimento estabelecidas pelos técnicos e especialistas em saúde pública do Poder Executivo. Ou seja, puxa-se o cobertor da saúde pública para aqueles que conseguiram acessar o Judiciário e descobre-se parte dos serviços oferecidos à população carente, pois, para atendimento da decisão, o Poder Público vai retirar verba do Sistema Único de Saúde.

Sobre essa questão, asseveram António José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff<sup>298</sup> que

A grande maioria dos necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer direitos individuais (o direito à saúde ou qualquer outro direito social) não só não tornará esses direitos efectivos para todos, como acentuará as desigualdades e as injustiças resultantes de variadíssimos factores.

Certamente essa não é a melhor forma de implementação de políticas públicas, tendo em vista que, em várias oportunidades, ao decidir um caso específico, atendendo a uma situação individualizada, o Poder Judiciário acaba prejudicando a execução de uma política pública que beneficiaria centenas de outras pessoas.

Essa maneira de atuação, conforme Eduardo Appio<sup>299</sup>, caracteriza ofensa à “própria exigência constitucional de um tratamento igualitário por parte do Estado, pois ao se garantir a um único cidadão o acesso privilegiado a um medicamento de alto custo que é negado aos demais, quebra-se o princípio da igualdade”.

O mesmo autor já lembrava em outra oportunidade que nesses casos

---

<sup>298</sup> NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. p. 59.

<sup>299</sup> APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial e direito à saúde no Brasil: os pobres estão pagando a conta dos ricos?** p. 20.

“Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através *[sic]* do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver<sup>300</sup>”.

Além disso, considerando que somente a pessoa que entrou com a ação é favorecida e que, em vários casos, esta pessoa possui condições financeiras para custear o serviço ou tratamento de saúde que obteve mediante decisão judicial, surge a sensação de injustiça da norma, e, nesse sentido, lembra Osvaldo Ferreira de Melo<sup>301</sup> que o “sentimento de que a norma seja injusta por criar desigualdades se revela acentuadamente quando esta vai gerar privilégios pessoais em detrimento do partilhamento social”.

Sobre essa questão, Luis Roberto Barroso<sup>302</sup> afirma que:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Sobre o acesso privilegiado de alguns ao Judiciário, pondera Octávio Motta Ferraz<sup>303</sup> que

[...] há uma inevitável transferência de recursos de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir "integralidade" a apenas alguns. Parafraseando Orwell: todos têm igual direito a tratamento integral, mas alguns (os que têm acesso à Justiça) são mais iguais que outros.

Para evitar esse privilégio, a forma adequada seria a utilização de ações coletivas. Por exemplo, se determinado remédio não estiver na lista do SUS, o primeiro passo seria requerer a sua inclusão por via administrativa, seguindo o procedimento previsto pela Lei nº 12.401/2011, que estabeleceu as exigências para

<sup>300</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 184

<sup>301</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 46

<sup>302</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013. p. 27.

<sup>303</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**

alterações na lista de medicamentos, produtos e procedimentos do SUS. Caso o pedido não fosse atendido, poderia, então, ser acionado o Poder Judiciário, não para conceder o remédio individualmente, mas para contestar a decisão que não alterou a lista.

Além de o procedimento administrativo beneficiar toda a população, diferentemente da ação individual que beneficia apenas uma pessoa, pontua Carlos Portugal Gouvêa<sup>304</sup> que:

Caso uma decisão negando a inclusão de um remédio passe a ser contestada judicialmente, a juíza ou juiz responsável teria toda a informação de que precisa para decidir, ao contrário do que acontece atualmente com os casos individuais. Mas nossa tradição não é essa, de buscar atender ao interesse público. Nossa tradição é patrimonialista, na qual o interesse público existe para atender o interesse privado de algumas pessoas.

Nunca é demais lembrar que a sociedade brasileira, através da Assembleia Constituinte, determinou que o SUS é de todos, por isso, nos dizeres de Otávio Motta Ferraz<sup>305</sup>, “É preciso agora fazer valer essa opção, incentivando (e não o contrário) os mais ricos a utilizar o SUS pela porta da frente, e não pela via judicial. Esse é o caminho mais curto para um serviço público de saúde de qualidade”.

Conforme já afirmado, com a judicialização do direito à saúde, enquanto os gastos com o SUS têm um aumento progressivo para atender demandas individuais, a qualidade do atendimento continua sendo precária. Por um lado, os mais ricos, através de demandas judiciais, têm garantido serviços comparáveis aos níveis privados, e de outro, os serviços básicos oferecidos aos mais pobres são cada vez mais restritos pela escassez de recursos públicos.

A permanecer o modelo hoje adotado pelo Poder Judiciário, com a judicialização sem limites comprometendo o orçamento público, o resultado será o aumento da carga tributária. Como consequência, mais uma vez os pobres acabarão pagando a conta dos ricos, e duplamente, pois além de continuarem nas filas de espera, é sabido que, proporcionalmente, as camadas mais pobres da população pagam mais tributos que as camadas mais ricas.

---

<sup>304</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sitio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde.**

<sup>305</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**

### 3.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA

Partindo do pressuposto que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem eficácia mínima, mas que deve ser assegurada a máxima eficácia possível, a partir do momento em que as políticas públicas do Poder Executivo não conseguem garantir essa eficácia e que se transfere a discussão ao Judiciário, é importante a análise da atuação do Poder Judiciário como garantidor dessa eficácia.

Embora o Poder Judiciário tenha aceitado sem inibição o papel de protagonista na concretização de direitos fundamentais, lembra Alexandre Morais da Rosa<sup>306</sup> que

[...] a articulação da sociedade civil a partir do aumento dos legitimados processualmente [...] fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário, surgindo no Brasil a figura da 'judicialização da política'. Por isso, o protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia [...].

Nesse contexto, para combater a ilegalidade, o abuso do poder político e, principalmente, o decisionismo judicial na realização dos direitos fundamentais de prestação, propõe-se o resgate da teoria geral do garantismo.

A teoria do garantismo se desenvolve no Estado Constitucional de Direito, que pressupõe, segundo Lenio Streck e José Bolzan de Morais<sup>307</sup>, a “vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica”.

Destaca-se nesse particular a afirmação de Francisco de Oliveira Neto<sup>308</sup>, para quem

Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa.

<sup>306</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.p.243.

<sup>307</sup> STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**.p.98

<sup>308</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, nº. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011, p. 555.

Para o autor, o garantismo não se confunde com um mero legalismo ou sujeição do juiz à lei, mas reconhecendo a presença de um potencial abuso, busca o seu fundamento “a partir de uma concepção negativa do exercício do poder que sua neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado”.<sup>309</sup>

Na visão dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva garantista, verifica-se, na teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli<sup>310</sup>, que

[...] los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar, vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa<sup>311</sup> afirma que a teoria geral do garantismo, “[...] entendida como modelo de direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”.

Para Rosa, isso acontece porque a legitimação do estado Democrático de Direito, diante da complexidade contemporânea, deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, “na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais<sup>312</sup>”.

No modelo proposto pelo neoconstitucionalismo, os ordenamentos jurídicos possuem dupla artificialidade, um caráter positivo das normas e a sujeição destas ao Direito, estando a produção jurídica disciplinada por normas, tanto formais como substanciais. Nessa construção, ganha destaque a Constituição, pois, nos dizeres de Francisco Rodrigues de Oliveira Neto<sup>313</sup>, “é na sua primazia como

<sup>309</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. p. 555.

<sup>310</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 1999. p.23.

“Os direitos fundamentais se configuram como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar, vínculos positivos gerados pelos direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer.” (Tradução livre nossa)

<sup>311</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20.

<sup>312</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**. p. 20.

<sup>313</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. p. 556.

sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida a dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal”.

Segundo doutrina Alexandre Morais da Rosa<sup>314</sup>, no paradigma garantista, “o magistrado, como os demais atores jurídicos, passam a tutelar não somente a formalidade, mas também o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional”.

Portanto, a partir de uma noção de democracia substancial, verifica-se que o modelo garantista vai além da legalidade formal ou do mero procedimento, isto é, impõe-se ao administrador a elaboração de planos de governo que contenham políticas públicas destinadas à satisfação efetiva dos direitos fundamentais, os quais se configuram como vínculos para a subsistência da própria democracia.

Ao Poder Judiciário, todavia, dentro dessa separação feita pela teoria garantista desenvolvida por Ferrajoli, compete o exercício da atividade jurisdicional, dentro das limitações formais, deixando ao Poder Executivo a proteção das questões materiais.

Assim, numa perspectiva garantista, é inegável que deve ser impressa a máxima eficácia possível às normas definidoras dos direitos fundamentais, entretanto, o poder do juiz na proteção e garantia dos direitos fundamentais tem limites e esse limite é o princípio da legalidade.

O garantismo é a resposta à difícil questão da atuação do Poder Judiciário no atendimento das demandas judiciais que buscam assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais de prestação.

Nesse particular, afirma Francisco de Oliveira Neto<sup>315</sup> que, a exemplo do que ocorreu com o direito penal, “o resgate do princípio da legalidade, como proposto por Ferrajoli através da chamada ‘dupla artificialidade’, é um dos caminhos mais seguros para enfrentar essa difícil questão”, podendo essa prática ser adotada nas demandas que envolvem direitos sociais, os quais, hoje, não possuem limites definidos, “a fim de que ajudem a justiça brasileira a encontrar parâmetros mais claros em relação à satisfação dessa modalidade de direitos”<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**.p 82.

<sup>315</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. p. 557.

<sup>316</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. p. 557.

Sem esses limites claros da estrita legalidade, proposta pela teoria garantista, a prática mostra que muitos juízes acabam assumindo uma postura voluntarista, de substituição do Poder Executivo na elaboração e implementação de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais, apropriando-se de uma legitimidade que não lhes foi outorgada pelo sistema político.

Com o reconhecimento que no modelo de Estado Constitucional cabe ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, exercer o controle sobre as políticas públicas, é preciso compreender os limites dessa atuação e até que ponto esse controle não se transforma num instrumento de subjetivismo e voluntarismo.

Em outras palavras, é importante analisar se a atuação do Judiciário na concretização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais prestacionais se dá dentro de uma perspectiva garantista ou decisionista, assunto que se passa a abordar em seguida.

### **3.5. O DECISIONISMO JUDICIAL E SUA INTERFERÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

Surge como tendência contemporânea a aposta no protagonismo judicial, como uma das formas de efetivar os direitos fundamentais prestacionais em oposição à impossibilidade de sua concretização, integralmente, através das políticas públicas pelo Poder Executivo.

Sob o argumento do poder discricionário dos juízes, bem como segundo a alegação que os juízes podem julgar de acordo com seu convencimento pessoal, o Poder Judiciário acaba atraindo para si a concretização dos direitos que são de responsabilidade dos demais Poderes e da própria sociedade.

Nesse sistema, compete ao juiz a escolha de uma entre as várias possibilidades jurídicas que se apresentam para solucionar o caso concreto. Essa escolha é que caracteriza a discricionariedade, que, em muitos casos, acaba sendo sinônimo de arbitrariedade.

A decisão tomada com base nas escolhas pessoais do julgador que foge aos limites jurídicos, caracterizada por subjetivismos ou voluntarismos, é entendida como decisionista.

Sobre o voluntarismo reinante no judiciário brasileiro, pondera Lenio Streck<sup>317</sup> que

[...] no Brasil, cada vez mais prolifera a infeliz idéia de que interpretar a lei é um ato de vontade (de poder). Nesse sentido, mostram-se muito próximas as diversas posições axiologistas-voluntaristas que conformam o imaginário dos juristas (fruto da jurisprudência dos interesses, da jurisprudência dos valores, da ponderação de valores, do realismo norte-americano ou escandinavo, ou, ainda, produto de um voluntarismo *ad hoc* mesmo, sem “filiação” teórica). Tudo pode. Tudo é permitido. Algo do tipo “não há verdades”. “Tudo é relativo” (como se a frase também não fosse relativa!). As decisões acabam sendo fruto de meras subjetividades, sem compromisso com a história institucional do Direito e do instituto em questão. É o extremo pragmatismo em vigor. Como se existisse um “grau zero” e que a decisão pode ser do jeito que o decisor quiser.

Esse voluntarismo se verifica, com maior intensidade, nas demandas que envolvem a concretização de direitos fundamentais prestacionais pelo Poder Judiciário, resultando num dos principais pontos de tensão das relações entre direito e política, pois é onde se verifica o maior número de decisões que extrapolam os limites da jurisdição constitucional, ou seja, onde impera o decisionismo.

Muitos juízes e tribunais, sob o argumento de efetividade dos direitos fundamentais ou sob o pretexto de buscar uma decisão justa ou constitucionalmente adequada, não explicitam de forma suficiente as razões jurídicas que os levaram a decidir daquela forma, apontando apenas teorias e princípios que os teriam norteado.

Tornaram-se comuns, no direito brasileiro, decisões judiciais que, a pretexto de seguirem o direito vigente, criam normas não previstas pelo legislador. Essas decisões, fundadas em subjetivismo do julgador, são, em verdade, simples decisionismo.

Lenio Streck<sup>318</sup> lembra que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é”.

As decisões fundadas em subjetivismos, ou o mero decisionismo, ferem os princípios democráticos quando o julgador passa a complementar a Constituição

---

<sup>317</sup> STRECK, Lenio Luiz. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-03>>. Acesso: 25 set. 2012.

<sup>318</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 2ª. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

à revelia do processo legislativo, muitas vezes fazendo uso de cláusulas gerais abertas, como se elas pudessem ser equiparadas aos princípios constitucionais.

Ao criticar o uso deturpado dessas cláusulas, afirma Lenio Streck<sup>319</sup> que “seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, ‘princípios’ (*sic*) que autorizassem o juiz a buscar em outros ‘espaços’, ou fora dele, as fontes para complementar a lei”.

Segundo o autor, se isso fosse possível, “qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam ‘construir’ princípios que substituíssem ou derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais<sup>320</sup>”.

Eros Grau<sup>321</sup>, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, afirma que:

Nossa doutrina o tem, porém, banalizado, de modo a, tomando-o como um princípio superior, pretender aplicá-lo a todo e qualquer caso concreto – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

A prática jurisdicional brasileira, entretanto, tem apresentado casos em que juizes e tribunais afastam do ordenamento jurídico determinada norma, sob a alegação de que ela não é proporcional ou razoável, ou seja, utilizam-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou o pretexto de buscarem a justiça, para acobertar um decisionismo judicial.

Discorrendo sobre essa questão, pontua Daniel Sarmiento<sup>322</sup>:

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Mediante o uso das teorias que conferiram normatividade aos princípios e

<sup>319</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – p. 47.

<sup>320</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – p. 47

<sup>321</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

<sup>322</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

sugeriram a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios para solucionar a colisão entre eles, o uso da ponderação passou a encobrir o decisionismo judicial. Isso porque, a ponderação retira a objetividade e a previsibilidade dos comportamentos sociais, deixando as partes envolvidas à mercê do subjetivismo dos julgadores. Estes passam a adotar um princípio seguindo suas pré-compreensões e influenciados por questões morais, políticas e econômicas, que são incorporadas aos debates jurídicos.

Não se está aqui a condenar o uso de teorias como um caminho para se tomar uma decisão judicial adequada. Entretanto, dentro do Estado democrático, é preciso conhecer o caminho seguido pelo julgador, até mesmo para poder criticá-lo.

Não se pode ignorar, também, que, em razão de possuírem um caráter mais aberto, os princípios já sejam ponderados pelo legislador antes de se transformarem em regras jurídicas. Todavia, é comum ocorrer que, a pretexto de aplicar um princípio, decisões judiciais afastem uma regra sem justificar as razões do ato, tomando como fundamento apenas a superioridade normativa do princípio em relação à regra.

Assim, na busca por dar normatividade a qualquer argumento pragmático, muitas vezes ocorre a anulação de atos administrativos e a substituição do papel do legislador pelo judiciário, em que os juízes e tribunais produzem decisões desprovidas de fundamentos e argumentos jurídicos ou que levam a uma solução fora do direito, traduzindo-se em mero decisionismo.

No Estado Democrático de Direito, toda decisão judicial somente pode ser considerada legítima se proferida com razões jurídicas<sup>323</sup>, situação em que a atividade interpretativa exige que se supere a figura do juiz solopista<sup>324</sup>, ou seja, aquele que decide de acordo com sua vontade para descobrir ou extrair o significado do texto.

Conforme destaca Américo Bedê Freire Júnior<sup>325</sup> “não podem os juízes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional”.

---

<sup>323</sup> No caso brasileiro, o art. 93, IX, da CF traz o dever de motivar decisões judiciais.

<sup>324</sup> Segundo STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – p. 58, solopista, quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado.

<sup>325</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.119.

O juiz deve atuar tendo ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, procurando dar coerência ao Poder Judiciário e integridade ao direito, sem qualquer espécie de discricionariedade ou decisionismo.

A proposta teórica de Ronald Dworkin<sup>326</sup> e seu modelo de direito como integridade, ao contrário da análise deturpada efetuada por muitos, pressupõem a aplicação integrativa do direito, coerente com as regras, princípios e decisões judiciais preexistentes, impedindo a possibilidade de decisões de acordo com a convicção do julgador.

Para Dworkin, o direito como integridade rejeita a questão de saber se os juízes descobrem ou inventam o direito, pois se deve partir do pressuposto de que os direitos e deveres legais foram criados pela comunidade, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Nesse sentido, pondera Ronald Dworkin<sup>327</sup>:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Dentro dessa perspectiva de integridade, o direito se mostra a antítese da postura decisionista ou discricionária, pois o direito nunca seria incompleto. Assim, nessa visão integral do direito, os princípios utilizados pelo juiz na aplicação do direito devem obedecer a uma racionalidade jurídica na construção da melhor solução possível para o caso, não se aceitando que as decisões sejam tomadas por critérios críticos políticos ou valores pessoais do julgador, ou seja, a concretização dos princípios deve vir calcada em critérios racionais e objetivos.

A citação vaga de princípios, desacompanhada de argumentos jurídicos, caracteriza o subjetivismo ou decisionismo, pois a margem de liberdade conferida ao exercício da jurisdição não pode extrapolar determinados limites para permitir decisões em desacordo ou contra a lei, sem fundamentação adequada.

Quando o Poder Judiciário assume o protagonismo na defesa dos direitos fundamentais, passa a ser comum o exame da proporcionalidade e da razoabilidade

---

<sup>326</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 272.

<sup>327</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 272.

como critérios para solucionar a colisão entre os princípios, através da ponderação.

Essa prática serve para encobrir voluntarismos ou o decisionismo judicial, pois, conforme lembra Lenio Streck<sup>328</sup>, “em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim chamada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes”.

Pode-se afirmar, portanto, que o decisionismo judicial na fixação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois os juízes, não sendo eleitos, não possuem a função de elaborar o direito.

É importante lembrar, nas precisas palavras de Paulo Márcio Cruz<sup>329</sup>, que a função jurisdicional é “a aplicação – ou declaração - do Direito preexistente. Em outras palavras, é a aplicação do Direito a um caso ou conflito concreto de uma regra geral previamente existente”.

No sistema constitucional brasileiro, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e que devem ser assegurados através de acesso universal pelos cidadãos é ato político reservado ao Poder Executivo, que possui ampla margem de liberdade de escolha das políticas públicas e sociais a serem executadas.

A forma de prestação dos serviços sociais básicos, como saúde e educação, requer uma legitimidade representativa que o Poder Judiciário não possui, porque o sistema democrático, que tem como traço fundamental o equilíbrio do exercício do poder, não autoriza o controle judicial das questões políticas.

A natureza da atividade jurisdicional é eminentemente jurídica e não política. Em outras palavras, o ordenamento jurídico permite apenas o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, mas não permite que o Executivo seja substituído pelo Poder Judiciário na execução das atividades de administração.

Entretanto, não é essa a prática judicial verificada nos dias atuais, pois, em muitos casos, segundo explica o juiz federal Eduardo Appio<sup>330</sup>

[...] a título de controlar a execução de uma política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – p. 50-51.

<sup>329</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 118.

<sup>330</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p.138.

cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário. O mesmo sucede no tocante ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando então os juízes passam a desenvolver uma atividade substitutiva, na qualidade de verdadeiros legisladores positivos.

Assim, ao implementar uma política pública a partir de um dever genérico previsto na Constituição, o Poder Judiciário está atuando na esfera estritamente política, o que pode ser comparado à atuação de um partido político, com a diferença que os partidos políticos agem mediante a representação popular.

Ter-se-ia, então, um governo de juízes, o que seria lamentável, conforme explica Eduardo Appio<sup>331</sup>:

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. [...].

Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos.

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.

Lenio Streck<sup>332</sup> vai mais além, afirmando que essa forma de atuação judicial não é boa para a democracia:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?" [...] "Por outro lado,

<sup>331</sup> APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.p. 82.

<sup>332</sup> STRECK, Lenio Luiz. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso: 09 set. 2012.

decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos.

Nesse aspecto, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário somente deve cumprir o seu papel de órgão jurisdicional aplicador da norma ao caso concreto de forma isenta e neutra, com o necessário distanciamento da sociedade. Na medida em que assume as funções dos outros Poderes, acaba afastando o povo das decisões governamentais e, conseqüentemente, ferindo o sistema democrático.

Por isso que a interferência do Poder Judiciário, quando visa assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais ou de direitos fundamentais, deve vir fundamentada em argumentos jurídicos e não em discursos políticos e escolhas pessoais do julgador, ou seja, dentro de uma teoria garantista, com a aplicação do princípio da legalidade e não com decisionismos.

Corroborando essa perspectiva, aponta Gustavo Zagrebelski<sup>333</sup> que, hoje,

[...] los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Pode-se afirmar, então, nas precisas palavras de Lenio Streck<sup>334</sup>, que “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’”.

As práticas decisionistas do Judiciário brasileiro são muito comuns no

<sup>333</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995. p.153. “Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito, desconhecida dos ordenamentos do Estado legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido que foram os legisladores do século passado. São mais precisamente os garantidores da completude estrutural do direito no Estado constitucional, quer dizer, os garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direito e justiça. E mais, podemos afirmar como conclusão que entre o Estado constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de alguém, mas deve ser objeto do cuidado de todos.” (Tradução livre nossa).

<sup>334</sup> STRECH, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – p. 56

âmbito do direito à saúde, no qual inúmeras decisões condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de serviços de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior; entre outras, muitas vezes em desacordo com as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo.

As decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao direito à saúde são replicadas em todas as instâncias do Poder Judiciário. Os casos que serão apresentados a seguir são decisões que ultrapassam os limites das políticas públicas estabelecidas, caracterizando uma atuação decisionista, pois é sabido que

[...] O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]<sup>335</sup>

Dentre os exemplos que expressam uma atuação decisionista do Poder Judiciário, pode ser citada a Petição nº. 1.246-1, originária do Estado de Santa Catarina e que teve como relator o Ministro Celso de Mello. Essa ação acabou abrindo as portas para que qualquer pedido envolvendo o direito à saúde deduzido perante o Poder Judiciário fosse deferido.

O caso teve início com uma ação cautelar ajuizada pelo menor JBGC em face do Estado de Santa Catarina, na Comarca de Araranguá, o qual alegava ser portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene, moléstia que causa a degeneração das células e leva à morte prematura. Declarava que uma clínica norte-americana oferecia tratamento a partir de células de doadores sadios que curariam a sua doença e, para tanto, pedia que o Estado lhe concedesse o valor equivalente a U\$ 63 mil para custeio do tratamento.

A juíza de direito concedeu a liminar e determinou que o Estado disponibilizasse o valor requerido em 48 horas ou então que se responsabilizasse

---

<sup>335</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 367432. Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, publicado no DJe de 14/05/2010.

pelo custeio do tratamento requerido. O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça com pedido de suspensão de segurança e, posteriormente, agravo de instrumento, quando foi deferido o efeito suspensivo. Entretanto, nesse interregno, a juíza determinou o bloqueio do dinheiro junto ao Banco do Estado de Santa Catarina e a sua imediata transferência à mãe do menor. Após outros embates processuais, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina determinou que o dinheiro fosse imediatamente liberado.

O Estado decidiu, então, ingressar com pedido de suspensão daquela liminar diretamente ao STF, alegando violação dos artigos 37, 100 e 167 da Constituição, em razão de ter havido ordem de pagamento sem amparo orçamentário e sem lei que o determinasse. Argumentou, ainda, o Estado catarinense a ocorrência de violação do princípio da separação dos poderes.

O Ministro Celso de Mello, à época no exercício da Presidência da Corte, proferiu despacho monocrático indeferindo o pedido de suspensão com fundamento nos seguintes argumentos:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. [...]<sup>336</sup>

O Estado de Santa Catarina recorreu ao Plenário do STF a fim de reverter o bloqueio e conseguir a liberação dos recursos. Para tanto, repetiu os mesmos argumentos, mas acrescentou outros, dentre os quais o de que o tratamento requerido é experimental, não reconhecido como válido pelo SUS e que inexistia sequer um único caso em que o tratamento tivesse curado pacientes com a doença do autor.

O Plenário do STF optou por não enfrentar o mérito da questão, decidindo, por unanimidade, não ser processualmente cabível a utilização de suspensão de segurança entre um Tribunal de Justiça de um Estado e o STF, mas apenas entre os Tribunais Federais e Superiores e o STF.

---

<sup>336</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 1246/SC, Relator Ministro Celso de Mello, despacho proferido em 31/01/1997, publicado no DJ 13/02/1997.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que discutiu formulação de políticas públicas, especificamente matéria orçamentária para assegurar a prestação de serviços públicos de saúde, foi a já citada ADPF nº. 45<sup>337</sup>, também da relatoria do Ministro Celso de Mello, da qual são citados os seguintes trechos, que interessam ao objeto da pesquisa:

[...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...].

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.

[...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Após longa análise e argumentos favoráveis à implementação de políticas públicas diretamente pelo Poder Judiciário, a decisão monocrática julgou “prejudicada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto”.

É importante destacar que, em ambos os casos, muito embora se trate de decisões monocráticas nas quais o mérito da questão não foi sequer analisado, tanto a Petição nº. 1.246 quanto a ADPF nº. 45 passaram a ser utilizadas como fundamento das demais decisões dos tribunais e juízes singulares para o

---

<sup>337</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/2004, publicada no DJ 04/05/2004.

deferimento de todo e qualquer pedido relacionado ao direito à saúde, como sendo este o entendimento final da Suprema Corte.

Lembra Fernando Facury Scaff<sup>338</sup> que “Por certo esta proclamação *in abstracto* não possui valor nem de precedente jurisprudencial, nem de jurisprudência assente para o STF e os demais órgãos do Poder Judiciário”, entretanto, essas decisões são diariamente citadas por todas as instâncias judiciais, inclusive do próprio STF<sup>339</sup>.

Nas duas decisões citadas, observa-se uma atuação decisionista, pois, em ambas, o Supremo Tribunal Federal proclamou ser legítima a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ao determinar, no primeiro caso (Pet 1246), o custeio de procedimento de alta complexidade no exterior, não previsto na política pública de saúde do SUS e, no segundo (ADPF 45), ao interferir na formulação da política orçamentária de custeio dos serviços públicos de saúde.

No ano de 2009, mais especificamente nos meses de abril e maio, o Supremo Tribunal Federal realizou Audiência Pública com a finalidade de debater a judicialização do direito à saúde e, a partir de então, criou algumas balizas jurisprudenciais para a análise de pedidos relacionados a esse tema.

A decisão que passou a ser o paradigma é a Suspensão da Tutela Antecipada - STA 175-CE, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes. Por meio dessa ação, buscava-se suspender decisão do TRF da 5ª Região que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza fornecer um medicamento que possibilitaria uma sobrevida e melhora da qualidade de vida a uma portadora da doença denominada Niemann-Pick -Tipo C.

O voto do ministro relator enfrentou várias questões do direito à saúde, dentre elas, a violação do princípio da separação dos poderes, desrespeito às normas e regulamentos do SUS, a interferência do Judiciário nas diretrizes de políticas públicas e o deslocamento de recursos para atendimento de situações

<sup>338</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. p. 119.

<sup>339</sup> Podem ser citadas como exemplo as decisões proferidas nos seguintes julgados do STF: AI 550.530-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

individualizadas.

Proclamou a Suprema Corte, no caso, que, embora se deva privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção do paciente, é legítima a interferência do Poder Judiciário para decidir de modo diverso, desde que o requerente comprove que por razões específicas do seu organismo o tratamento fornecido não seja eficaz no seu caso.

Ressaltou, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, porque a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa exatamente contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Quanto aos novos tratamentos disponíveis na rede privada e ainda não incorporados ao SUS, o ministro relator fez pertinente advertência:

[...] Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. [...] <sup>340</sup>

Nota-se, portanto, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal procurou promover uma ponderação entre o direito subjetivo à prestação do direito à saúde e os demais direitos constitucionais que lhe são contrapostos, onde alguns parâmetros são estabelecidos.

De acordo com o decidido, tratando-se de medicamento básico, previsto na lista RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), mas não fornecido pelo

---

<sup>340</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada 175, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18/09/2009, publicada no DJe 25/09/2009.

ente estatal, há direito subjetivo do indivíduo à prestação material, podendo deduzir a pretensão frente ao ente público.

Quando o medicamento estiver ausente das listas oficiais, a sua prescrição deve ser feita a partir de diagnóstico clínico e de prescrição feita por médico vinculado ao SUS, ou, caso contrário, a partir da elaboração de perícia médica realizada por perito do juízo.

A decisão reconhece a vedação legal de dispensação de medicamento não aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), contida no artigo 19-T da Lei nº. 8.080/1990, alterada pela Lei nº. 12.401/2011<sup>341</sup>, que impede seja imposta ao Estado a obrigação de fornecer qualquer fármaco, produto e procedimento clínico, ou cirúrgico, sem o registro da ANVISA. O mesmo vale para os tratamentos experimentais, que igualmente não podem ser dispensados pelo SUS, tampouco obtidos na via judicial.

Outro ponto é a existência de prévia solicitação administrativa da prestação material pretendida pelo indivíduo frente aos órgãos governamentais competentes. Assim, verifica-se, anteriormente, a possibilidade, ou não, de fornecimento do tratamento pretendido, com base na lista do RENAME. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar os pedidos de liminar.

Também foi analisada a questão dos medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos não fornecidos pelo SUS. Nesses casos, devem ser privilegiados os tratamentos previstos nos “Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas” fundados na “Medicina baseada em Evidências”, independentemente de constarem ou não nos medicamentos/tratamentos fornecidos pelo SUS, sempre que a situação concreta recomendar o tratamento específico, devidamente comprovado por médico do SUS ou mediante perícia judicial.

Os novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS podem ser a

---

<sup>341</sup> Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. (Disponível em: [www.planalto.gov.br/legislação](http://www.planalto.gov.br/legislação). acesso em 30 nov 2013).

última alternativa para usuários do sistema de saúde que, por evidente, apesar de incluídos dentre os tratamentos/medicamentos aprovados pela ANVISA, ainda não estão disponíveis no sistema público. Desse modo, o Estado pode ser compelido a fornecer fármacos ainda não cobertos pelo SUS, condicionada tal determinação à instrução processual, em que estejam presentes elementos consistentes indicativos da sua necessidade imperiosa no caso concreto.

A partir dessas novas diretrizes, resta reforçada a obediência às políticas públicas e à necessidade de sujeição do indivíduo aos procedimentos próprios do SUS. Somente em caráter excepcional será possível o deferimento judicial de direito prestacional, em caráter supletivo às prestações já atendidas pelo Estado, preferencialmente mediante prescrição de medicamento por intermédio de médico do Sistema Único de Saúde ou mediante perícia médica efetivada em juízo.

Em síntese, tratando-se de pedido que não conste dos procedimentos padronizados, a análise deve se dar caso a caso, com profunda perquirição acerca dos fatos, da moléstia, da oferta de tratamentos alternativos e de sua (in)eficácia, da capacidade econômica do doente e de sua família. Enfim, a necessidade, no sentido amplo do termo, deve estar comprovada.

É importante ressaltar que os parâmetros fixados não objetivam sobrepor os interesses orçamentários do Estado ao direito à saúde dos cidadãos, mas sim de utilizar de forma racional os recursos públicos.

Inobstante a fixação desses parâmetros pelo Supremo Tribunal Federal, muitos tribunais e juízes, no que tange ao direito à saúde, continuam decidindo que se deve garantir tudo a todos.

Como exemplo, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que determinou o fornecimento do medicamento importado “Elmiron 100mg” não registrado na ANVISA<sup>342</sup>; a decisão da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Blumenau que determinou ao Município priorizar os atendimentos a crianças e adolescentes em todos os serviços de saúde prestados aos pacientes de Blumenau e, em 120 dias, eliminar as filas de espera para realização de exames

---

<sup>342</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento nº. 2013.031649-1. Relator Des. Substituto Rodolfo Tridapalli. Julgado em 11/07/2013. Publicado no DJe 22/07/2013. A decisão foi posteriormente reformada pelo próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

genéticos como o PCR X-frágil em crianças e adolescentes<sup>343</sup>; e, ainda, entendimento da Turma de Recursos da Justiça Federal de Santa Catarina que concedeu tutela para determinar o fornecimento de Teste da Cortrosina ou o equivalente em dinheiro<sup>344</sup>.

As decisões citadas demonstram que o Poder Judiciário, por meio de uma atuação decisionista, vem suprindo as lacunas deixadas pelos Poderes Legislativo e Executivo na efetividade do direito à saúde, atuando diretamente na formulação da política pública. Nesse contexto, é importante ressaltar, conforme Fabrício Juliano Mendes Medeiros, que “a atuação proativa do Poder Judiciário sobre as políticas públicas de saúde altera, de forma imediata, a formulação da política<sup>345</sup>”, além de alterar sua execução e sua avaliação, resultando com isso que “todo o processo de elaboração é redesenhado por força da atuação exclusiva do Poder Judiciário<sup>346</sup>”.

É inquestionável que o direito à saúde tem assento constitucional, não podendo ser negligenciado pelo Poder Público. Entretanto, também deve ser valorizada a opção legislativa daqueles democraticamente eleitos para o estabelecimento de políticas públicas, as quais devem, segundo as possibilidades financeiras e políticas, organizar a prestação do serviço de modo a distribuir equitativamente os direitos prestacionais sociais, analisando as necessidades e elegendo prioridades.

Uma vez que o legislador infraconstitucional estabeleceu o modo de prestação material do direito fundamental à saúde, o Poder Judiciário deve curvar-se a essa política pública, desde que atendidos aos demais preceitos constitucionais.

O artigo 196 da Constituição Federal<sup>347</sup> é claro ao prever que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Ou seja, tal direito somente pode ser garantido por meio de políticas públicas. O SUS é essa política pública, conforme previsto na própria constituição.

---

<sup>343</sup> BRASIL, **Poder Judiciário de Santa Catarina. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau.** Ação Civil Pública nº. 008.12.011987-8. Disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=08000A2AP0000&processo.foro=8>. Acesso em 10 dez 2013.

<sup>344</sup> BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma Recursal de Santa Catarina.** Recurso de Medida Cautelar Nº 5009920-72.2012.404.7200/SC. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2>. Acesso em 10 dez 2013.

<sup>345</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** p. 37.

<sup>346</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** p. 37

<sup>347</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 nov. 2013.

Obviamente que no campo da saúde não pode ser exigível do Poder Público toda e qualquer prestação material, mas apenas aquelas que já se acham consagradas nas políticas públicas, fixadas por quem foi legítima e democraticamente eleito para estabelecê-las.

Assim, não há que se pretender a prestação de uma tutela máxima, segundo os interesses e conveniências do beneficiário, mas apenas aquilo que ordinariamente está acessível, sob pena de comprometimento, cada vez maior, do orçamento da saúde para o atendimento de demandas individuais em detrimento dos serviços básicos e da universalidade.

Nessa linha de pensamento, importante decisão foi proferida pela Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em pedido de Suspensão de Tutela Antecipada requerido pelo Estado de Alagoas. Transcrevem-se trechos da decisão, os quais interessam ao tema do presente estudo:

[...] Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados '[...]' e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]' (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade<sup>348</sup>.

Em posicionamento convergente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 28.338- MG<sup>349</sup>, relatado pela Ministra Eliana Calmon, negou provimento ao recurso por meio do qual se pleiteava o fornecimento contínuo do medicamento ENBREL 50 mg para duas aplicações semanais por tempo indeterminado com a finalidade de tratar a doença psoríase.

---

<sup>348</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, Relatora Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJU do dia 05/03/2007.

<sup>349</sup> BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num\\_registro=200802642941&data=17/6/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200802642941&data=17/6/2009). Acesso em 10 dez. 2013.

Em seu voto, a Ministra Eliana Calmon consignou:

[...]É dever do Estado garantir aos seus cidadãos o direito à saúde, sendo inconcebível a recusa do fornecimento gratuito de remédio a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as despesas com medicamentos necessários ao seu tratamento, o que não se estende ao direito de escolha de tal ou qual medicamento.

Pondero, ainda, que o impetrante não produziu prova documental do que alega, ou seja, de que o medicamento fornecido gratuitamente pela administração, como segunda opção, também é ineficaz, o que leva à conclusão de inadequabilidade da via eleita para o fim colimado, na melhor das hipóteses.

Também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou improcedente o pedido de fornecimento de prótese importada prescrita por médico particular da autora, decidindo que “Para fazer jus ao recebimento de próteses fornecidas por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquela prótese requerida insubstituível por outra similar/genérico no caso concreto<sup>350</sup>”.

Considerando que o Estado brasileiro não tem condições de garantir todos os direitos fundamentais, em especial à saúde e à educação, sem limitações, é importante que o juiz analise a viabilidade material de sua decisão, verificando se a medida que está a determinar poderá ser cumprida sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do Sistema Único de Saúde, que, historicamente, não consegue atender às demandas da população, em especial daquela parcela que mais necessita de auxílio.

No caso específico do direito à saúde, o Poder Judiciário poderia exercer uma atitude mais ativa nas questões que envolvem a sua garantia mediante decisão judicial em prol do melhor funcionamento do sistema. Por exemplo, quando alguém recorre ao judiciário para pleitear tratamento ou medicamento não previstos nos protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas do SUS, deve ser produzida prova científica que embase a postulação feita, não sendo suficiente apenas a apresentação de receituário firmado pelo profissional.

Nesse sentido, lembram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo que o juiz deve “formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se

---

<sup>350</sup>BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Civil nº. 0001355-97.2009.404.7205/SC. Relator Juiz Federal Guilherme Beltrami. Julgado em 14/09/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/consultaprocessual>. Acesso em 10 dez. 2013.

da eficiência e segurança do tratamento requerido<sup>351</sup>”.

Ponderam os mesmos autores que o magistrado na condição de Estado-juiz deve atuar também como fiscal das provas trazidas, tanto com relação à prescrição médica quanto às alegações da entidade pública, inclusive no que concerne ao comprometimento das contas públicas. Sustentam, ainda, que o mesmo papel ativo também é exigível no acompanhamento do cumprimento da decisão judicial, ao determinar “prestação de contas por parte do beneficiado pela prestação material, demonstrando, por exemplo, que retirou a medicação, ou que realizou a cirurgia, ou que se mantém sob o tratamento de saúde solicitado<sup>352</sup>”.

Conclui-se, portanto, que o decisionismo judicial verificado na formulação de políticas públicas na questão do direito à saúde, praticado em todas as instâncias do Poder Judiciário, não se coaduna com os princípios democráticos, pois resulta no afastamento do povo do processo democrático, o que, por consequência, provoca retrocessos. Além disso, o decisionismo judicial não traz qualquer melhoria para o sistema, pois a maioria das conquistas na área da saúde são conquistas políticas, muitas delas através da participação direta dos cidadãos nos Conselhos de Saúde.

A Constituição estabeleceu as linhas gerais da formatação da política pública de saúde, cabendo ao legislador e ao administrador público a tarefa de estabelecer sua regulamentação, visando garantir a maior eficácia possível a esse importante direito fundamental. Esta política é o SUS e ao Judiciário compete proteger esse sistema, procurando compreender o seu funcionamento como política pública, fiscalizando a sua fiel execução, bem como combatendo duramente a corrupção e quaisquer outros desvios do sistema. Em assim agindo, estará assegurando o cumprimento dos pactos políticos de forma a evitar retrocessos na evolução do processo democrático, os quais poderão ocorrer com o protagonismo do Judiciário.

---

<sup>351</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. p. 48.

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti(organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. p. 49.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando o presente estudo, no qual o intuito não foi o de apresentar novos conceitos, mas apenas trazer novos elementos para o debate sobre o direito fundamental à saúde e sua implementação por meio de decisões judiciais, entende-se oportuno, a título de considerações finais, retomar algumas idéias lançadas no decorrer da presente Dissertação.

A luta contínua pelo direito e a globalização da sociedade fazem surgir, a cada dia, novas demandas e novos direitos, muitos dos quais reconhecidos pelos textos constitucionais como direitos fundamentais. Quanto a estes, especialmente os denominados de direitos fundamentais de prestação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que são dotados de um grau de eficácia mínima.

Em função de o Poder Executivo não conseguir atender, em toda a extensão, às demandas decorrentes dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, observa-se um considerável aumento das demandas judiciais com vistas a efetivá-los, especialmente os direitos fundamentais de prestação, como o direito à saúde.

Como visto no decorrer do estudo, embora a democracia representativa seja uma conquista do Estado Democrático de Direito, vive-se um momento em que a vontade do povo muitas vezes não é levada em consideração pelos seus representantes eleitos no Legislativo e no Executivo, uma vez que as demandas asseguradas pelo chamado Estado Social estão sendo direcionadas ao Poder Judiciário.

O Judiciário, por sua vez, com o argumento de efetivar as disposições constitucionais, passa a adotar uma postura mais ativa na interpretação da norma, de modo a expandir o sentido e o alcance desse Poder, ou seja, passa a participar do processo de criação da norma, bem como implementar políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais.

Confirmando uma de nossas hipóteses de pesquisa, o estudo demonstrou que essa postura ativista de intromissão do Poder Judiciário nas funções dos demais poderes pode caracterizar ofensa ao princípio da separação dos poderes, além de comprometer a isenção e a neutralidade dos julgadores, pois, ao envolverem-se com

questões políticas, passarão a adotar determinada tendência ideológica.

Além disso, a usurpação de funções que não são próprias do Judiciário acaba afastando o povo das decisões governamentais, ferindo, por consequência, o sistema democrático.

Essa questão ganha novos contornos quando se analisa a intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, pois a competência para a formulação, planejamento e implementação das políticas públicas é do Poder Executivo.

Por outro lado, nesse processo, não se pode ignorar a participação da sociedade que, consciente da importância de seu papel na construção da democracia, vem se tornando cada vez mais participativa. Todavia, a judicialização excessiva acaba afastando a sociedade das discussões das políticas públicas, pois, para muitos, é mais fácil e cômodo obter uma decisão judicial ao invés de reivindicar seu direito perante o Poder Público.

Considerando que os direitos sociais se baseiam no princípio da solidariedade, as políticas públicas garantidoras desses direitos são efetivadas mediante a cobrança de tributos e através da previsão orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo, que, pelos seus representantes eleitos, decide em quais atividades o dinheiro público será aplicado.

É na aprovação do orçamento que surge a necessidade das chamadas escolhas trágicas, tendo o próprio legislador que decidir quais os projetos e programas de governo serão beneficiados com verbas do orçamento e quais ficaram de fora, pela ausência de dotações orçamentárias ou previsão de arrecadação de tributos suficiente para atender toda a demanda.

Surge aí um dilema, pois se por um lado é incontroverso que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possuem um grau mínimo de eficácia, e por isso devem ser assegurados a todo o cidadão, por outro lado as necessidades sociais são crescentes e os recursos públicos limitados.

É de clareza mediana que o Estado brasileiro não tem ainda condições de garantir todos os direitos fundamentais, em especial à saúde e à educação, sem limitações. Se todos querem e não existem recursos para atender a todos, é necessário eleger prioridades e atender, primeiramente, a quem a sociedade,

representada pelo Estado organizado, escolheu atender.

Diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, o Estado, através dos seus representantes eleitos pela população, é obrigado a efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades na definição das políticas públicas que vão efetivar os direitos fundamentais.

No entanto, com o fenômeno da judicialização, observa-se que, em relação ao direito à saúde, a grande maioria das decisões é no sentido de deferir o pedido, sob o fundamento de que se trata de direito fundamental previsto no texto constitucional, possui eficácia e deve ser assegurado a todo cidadão que recorre ao judiciário, independentemente de sua situação pessoal ou econômica.

Confirmando parcialmente outra de nossas hipóteses de pesquisa, a prática atual tem demonstrado que quando um elevado número de decisões é proferida em face do Poder Público determinando o cumprimento de prestações positivas, sem nenhum critério preestabelecido que assegure uniformidade para as situações idênticas, os recursos orçamentários passam a ser insuficientes para atender, simultaneamente, às decisões judiciais e às políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo.

O estudo não comprovou com total certeza a hipótese de que o Poder Executivo efetua o remanejamento de verbas orçamentárias para atender decisões judiciais na área da saúde, prejudicando o cumprimento de outros direitos fundamentais. Mesmo porque, a confirmação dessa hipótese dependeria de uma análise mais aprofundada dos orçamentos públicos.

De qualquer forma, confirmando outra hipótese que levantamos para a pesquisa, as decisões judiciais nas questões que envolvem o direito à saúde, acabam privilegiando quem tem acesso ao Poder Judiciário em detrimento daqueles carentes de recursos financeiros e de informações, que permanecerão na fila de espera.

Nesse ponto, conclui-se que, ao contrário do que se poderia imaginar, a consequência da judicialização não resulta em ampliação do acesso a serviços de saúde a camadas mais pobres da população, além de caracterizar ofensa ao princípio da igualdade.

A pesquisa demonstrou que a partir do momento em que o juiz se coloca

como protagonista na defesa dos direitos fundamentais e passa a proferir decisões sem parâmetros legais e sem se preocupar com as conseqüências, principalmente econômicas, além de caracterizar um voluntarismo ou decisionismo, pode causar mais danos do que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais.

É compreensível que, no Estado Constitucional, o Poder Judiciário torne-se protagonista das demandas pela concretização de direitos sociais não abrangidos por políticas públicas. Todavia, é preciso não perder de vista que, ao invés de decidir com base em critérios pessoais ou argumentos políticos ou decidir conforme a sua consciência utilizando o argumento do poder discricionário, o juiz ou tribunal deve pautar suas decisões em argumentos e princípios de direito.

Ao ampliar o seu raio de ação, passando a assumir um papel ativo em discussões de cunho político, não obstante os seus membros não serem agentes públicos eleitos pelo voto popular, o Poder Judiciário acaba, muitas vezes, cometendo injustiças e tratamentos desiguais, na medida em que cada um decide conforme os seus valores pessoais.

Propõe-se, por isso, a teoria do garantismo como resposta à difícil questão de interferência do Poder Judiciário no atendimento de demandas que buscam assegurar o cumprimento de direitos fundamentais de prestação. Assim, ao decidir um caso envolvendo a concretização de um desses direitos, a exemplo do direito à saúde, deve o juiz extrair da norma constitucional sua máxima eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhe são impostos, principalmente pelo princípio da legalidade.

Diante de todo o exposto ao longo do trabalho, restou claro que a questão da interferência do Poder Judiciário na definição de políticas públicas é bastante controversa e constituiu-se num dos principais pontos de tensão entre a política e o direito.

Para amenizar essa tensão, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio, pois se de um lado não se pode aceitar que, em nome de uma maioria parlamentar ou em obediência à separação dos poderes, seja o Judiciário impedido de garantir direitos fundamentais, por outro, não se pode transferir ao Poder Judiciário questões que poderiam ser prevenidas e resolvidas pela própria sociedade.

O Estado Democrático de Direito possui processos democráticos

adequados pelos quais a sociedade organizada pode conduzir e resolver as questões de seu interesse, cabendo ao Poder Judiciário interferir tão somente no caso de ausência das condições democráticas de participação do cidadão dentro da comunidade a que pertence.

A judicialização não deve retirar do cidadão a oportunidade de influir na formulação de políticas públicas e na edição de normas que vinculam a todos, pois caso se mantenha o acesso ao judiciário para pedir e garantir qualquer direito que cada cidadão entende ter, não haverá orçamento, nem mesmo estrutura física e de profissionais capazes de dar conta de toda a demanda.

Para finalizar, a título de reflexão e de incentivo à continuidade da pesquisa, pode ser colocada a questão do financiamento da política pública de saúde. Muito embora a Constituição brasileira estabeleça que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo acesso universal e igualitário, cabe questionar se a gratuidade deve abranger toda e qualquer pessoa, bem como toda e qualquer prestação material, ou seja, se o financiamento da saúde deve continuar sendo exclusivo do poder público, através de dotações orçamentárias.

Outra questão é o incentivo ao uso de ações coletivas para evitar a judicialização excessiva e o privilégio de uns em detrimento de outros. Por exemplo, se determinado remédio não está na lista do SUS, o primeiro passo seria requerer a sua inclusão na via administrativa e, caso o pedido não fosse atendido, poderia então ser acionado o Poder Judiciário, não para conceder o remédio individualmente, mas para contestar a decisão que não alterou a lista.

Esse procedimento beneficiaria toda a população; daria ao juiz informações técnicas para decidir, as quais freqüentemente ele não possui; e obrigaria os mais ricos a utilizarem o SUS – que conforme o texto constitucional é de todos – pela porta da frente e não pelo cômodo atalho da via judicial. Com isso, ter-se-ia um serviço público de saúde de melhor qualidade para todos e não apenas para os poucos que apresentam pleitos pela via judicial.

Finalmente, nunca é demais repetir que as políticas públicas devem refletir o princípio republicano e que a judicialização da política não é a melhor forma de consolidação da democracia, pois contraria esse princípio na medida em que implementa políticas para uns em detrimento de outros.

Repetindo Paulo Márcio Cruz<sup>353</sup>, “é preciso que os cidadãos estejam aptos para o exercício da cidadania e que a Sociedade, em sua maioria, tenha a República e o Princípio Republicano como seus principais vetores de atuação”.

Reiteramos que o melhor caminho seria, então, o incentivo e o desenvolvimento de práticas de democracia participativa, não através do Judiciário, mas através de conselhos municipais e de audiências públicas que possibilitassem a participação de cidadãos na formulação e na implementação de políticas públicas necessárias à comunidade como um todo e não somente a determinadas pessoas que ingressam com ações no Judiciário.

A participação ativa da sociedade na formulação das políticas públicas reduzirá a demanda perante o Poder Judiciário, que estará autorizado a atuar como garantidor da política estabelecida pelo Legislativo e pelo Executivo. Com isso, estará o Judiciário respeitando o princípio da separação dos poderes e fortalecendo a democracia, na medida em que a população passará a exigir os seus direitos dos seus representantes eleitos, cujo voto se renova a cada quatro anos.

Parafraseando Zagrebelski<sup>354</sup>, podemos concluir afirmando que “os juízes não são os senhores do direito, mas sim os garantidores da necessária e dúctil existência entre, lei, direito e justiça. Isto porque entre o Estado constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de alguém, mas deve ser objeto do cuidado de todos.”

---

<sup>353</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** p. 78.

<sup>354</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** p.153.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madri: Trotta, 2004.

AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci).São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**.Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial e direito à saúde no Brasil: os pobres estão pagando a conta dos ricos?** In: MPD Dialógico: Revista do Movimento do Ministério Público, Ano VI, n. 27, p. 20, jan. 2009. Disponível em: [http://www.mpd.org.br/img/userfiles/image/Dialogico\\_27.pdf](http://www.mpd.org.br/img/userfiles/image/Dialogico_27.pdf). Acesso em 30 nov. 2013

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 30 nov. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais:**

**O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 225:23, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista do Direito do Estado, v. 4, n. 13, jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado.** In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** 12<sup>a</sup> ed., Brasília: UNB, 1999, v. 2.

\_\_\_\_\_, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. **O Futuro da Democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: Il futuro della democrazia.

\_\_\_\_\_, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional positivo**. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 set. 2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 43, de 20 de agosto de 2013**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>. Acesso em 08 Out. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Norma Operacional de Assistência à Saúde/SUS**. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis./gm/2001/prt0095\\_26\\_01\\_2001.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis./gm/2001/prt0095_26_01_2001.html). Acesso em 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria GM n.º 2577/06**. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria\\_2577\\_med\\_centralizados.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_2577_med_centralizados.pdf). Acesso em 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS nº 204/2007**. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-204.htm>. Acesso em 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2981/2009**. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria\\_gm\\_2981\\_3439\\_ceaf.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_gm_2981_3439_ceaf.pdf). Acesso em 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. **Relatório de gastos para atendimento de decisões judiciais**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/EVOLU%C3%87%C3%83O%20GASTOS.pdf>. Acesso em 30 nov 2013.

BRASIL, **Superior Tribunal De Justiça**. Recurso Especial n. 1.185.474-SC, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 20/4/2010. Publicado no DJe de 29/04/2010.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal De Justiça**. Recurso Especial n. 782196/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado no DJ de 23/03/2007.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 261144/SP, Relator Ministro Paulo Medina, publicado no DJ 10.03.2003 p. 143.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculant> e. Acesso em 30 nov 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 322348, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 21.10.2002.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, publicado no DJe de 18/12/2009.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 708, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, publicado no DJe de 30-10-2008.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 26604. Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, publicado no DJe de 03/10/2008.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3999 Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, publicado no DJe de 16/04/2009.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Popular Pet n. 3388. Relator Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, publicado no DJe de 25/09/2009 e republicado no DJe de 01/07/2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado no DJe de 13/10/2011.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 367432. Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010,

publicado no DJe de 14/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado no DJe de 30/04/2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/2004, publicada no DJ 04/05/2004.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Petição 1246/SC, Relator Ministro Celso de Mello, despacho proferido em 31/01/1997, publicado no DJ 13/02/1997.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada 175, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18/09/2009, publicada no DJe 25/09/2009.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Agravo Regimental n. 593012578. Relator Des. Milton dos Santos Martins. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?tb=proc>. Acesso em 30 nov 2013.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Apelação Civil n. 2010.033282-9. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 26/10/2010. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp#>. Acesso em 10 dez 2013.

\_\_\_\_\_, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Apelação Civil n. 2010.043333-4. Relator Des. Substituto Ricardo Roesler, julgado em 05/10/2010. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>. Acesso em 10 dez 2013.

\_\_\_\_\_, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Agravo de Instrumento n. 2008.054686-1. Relator Des. José Volpato de Souza, julgado em 8-06-2009.

\_\_\_\_\_, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Agravo de Instrumento n. 2013.031649-1. Relator Des. Substituto Rodolfo Tridapalli. Julgado em 11/07/2013. Publicado no DJe 22/07/2013.

BRASIL, **Poder Judiciário de Santa Catarina. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau.** Ação Civil Pública n. 008.12.011987-8. Disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=08000A2AP0000&processo.foro=8>. Acesso em 10 dez 2013.

BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma Recursal de Santa Catarina.** Recurso de Medida Cautelar Nº 5009920-72.2012.404.7200/SC. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2>. Acesso em 10 dez 2013.

\_\_\_\_\_, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** Apelação Civil n. 0001355-97.2009.404.7205/SC. Relator Juiz Federal Guilherme Beltrami. Julgado em 14/09/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/consultaprocessual>. Acesso em 10 dez 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** Resolução n. 22.526, de 23 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 30 nov 2013.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional:** problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** 2ª. ed. Campinas (SP): Millennium, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da**

**Constituição** 5ª. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1999.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, reimp. 1999.

COLOMBIA. **Corte Constitucional**. Sentença T-760/08. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 10 dez 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba (org. Celso Antonio Bandeira de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 353-354.

CONTI, José Maurício. **Contas à Vista: Planejamento municipal precisa ser levado a sério**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-24>. Acesso: 25 out 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro Eletrônico. Univali: Itajaí, 2012.

\_\_\_\_\_, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. In: Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano. (coord. José Antonio Savaris e Carlos Luiz Strapazzon). Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 5, p.33-41, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2ª ed. bras. Tradução de Hermínio A. carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. *Taking Rights Seriously*.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's empire*.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?** Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2012200709.htm>. Acesso: 30 nov. 2013.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário na ordem constitucional vigente**. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, ano 28, n. 99, p. 90-91, set. 2008.

FERRER, Gabriel Real. **La solidaridad en el derecho administrativo**. Revista de

Administración Pública (RAP), Madrid, n. 161, mayo-ago. 2003. p. 123-179.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível no sítio oficial da Embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>. Acesso em 03 ago.2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Título original: *Le gardien des promesses*.

GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba**. In: VALLE, Juliano Keller do. MARCELINO JR, Julio Cesar (orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 191.

GOUVEA, Carlos Portugal. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Carta Forense em 03/09/2013 sobre a Judicialização da Saúde**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>. Acesso em 30 nov. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003. v. II. Título original: *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratische rechtstaats.*

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: *Reine Rechtslehre.*

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: *General Theory of law and state.*

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** [S.I.]: Companhia de Letras, 1988.

LEAL, Rogério G. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais.** Revista de derecho, v.9, p.53-66, 2006. p.58.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Titulo original: *Two Treatises of Government.*

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas.** In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci).São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A judicialização da Saúde**. In: Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano. (coord. José Antonio Savaris e Carlos Luiz Strapazzon). Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional**. In: Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade: Debate Luso-Brasileiro. (coord. Mário Ferreira Monte e Paulo de Tarso Brandão). Curitiba: Juruá, 2012.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública** – 2ª ed. – São Paulo: Dialética, 2004.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA, Vanessa E. de. **Judiciário e privatizações no Brasil: Existe uma judicialização da política?** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005, p. 559-587.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** 12ª. ed. São Paulo: Conceito Editorial Editora, 2011.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>. Acesso em 28 fev 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 330/89. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>. acesso em 28 fev 2013.)

PROGRAMA FANTÁSTICO DA REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Exibido em 28 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.globo.com/fantastico>>. Acesso em: 10 out. 2012.

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

RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes.** Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La Loi des Juges*.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_, Alexandre Morais da. **O que é Garantismo Jurídico.** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou princípios do direito político.**

Tradução de Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Título original : Du contrat social.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26>>. Acesso em 30 nov. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de Implementação de políticas públicas no Brasil: características determinantes da avaliação de programas e projetos**. Cadernos de pesquisa n. 48, Núcleo de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP, 2000, p. 4

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16. jul/dez 2006, p. 20-45.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.**- uma exploração hermenêutica da construção do Direito.7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 2ª. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado.** 7ª. ed. 2ª. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-03>>. Acesso: 25 set. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso: 9 set. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.68.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 1995.