

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A teoria da tripartição dos poderes no modelo constitucional brasileiro e os limites à
judicialização de direitos sociais**

DIEGO LEONARDO DA SILVA SANTOS

Rio de Janeiro

2017/01

DIEGO LEONARDO DA SILVA SANTOS

**A teoria da tripartição dos poderes no modelo constitucional brasileiro e os limites à
judicialização de direitos sociais**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Carlos Bolonha**.

Rio de Janeiro

2017/01

Monografia versão final - di... ficha.php x SBI - Sistema de Bibliotecas x Conectando... x +

fichacatalografica.sibi.ufrj.br/ficha.php

1 de 1 100%

CIP - Catalogação na Publicação

S237t Santos, Diego
A teoria da tripartição dos poderes no modelo constitucional brasileiro e os limites à judicialização de direitos sociais / Diego Santos. - Rio de Janeiro, 2017.
68 f.

Orientador: Carlos Bolonha.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Judicialização. 2. Direitos Fundamentais. 3. Separação dos Poderes. I. Bolonha, Carlos, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

PT 13:09 19/06/2017

DIEGO LEONARDO DA SILVA SANTOS

**A teoria da tripartição dos poderes no modelo constitucional brasileiro e os limites à
judicialização de direitos sociais**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Carlos Bolonha**.

Data da Aprovação: ___ / ___ / _____.

Banca Examinadora:

Carlos Bolonha

Luciano Casemiro

Manuel Junior

Maira Almeida

Rio de Janeiro

2017/01

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a três pessoas muito especiais.

A minha amada esposa e maior incentivadora, sem a qual eu jamais teria chegado até aqui.

A minha mãe, que superou todas as adversidades da vida e mesmo com idade avançada jamais deixou de buscar conhecimento, concluindo há alguns anos sua licenciatura em pedagogia.

Ao meu pai, que mesmo sem ter recebido nenhum suporte dos meus avós, sempre dedicou a mim todo o apoio e incentivo para estudar que nunca recebeu.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me deu saúde e forças para lutar até o fim e concluir esta missão.

Agradeço ainda aos meus pais, que me ensinaram os valores mais importantes da vida e a minha esposa, por ter lutado ao meu lado todo este tempo.

Agradeço ao meu professor orientador Carlos Bolonha por toda paciência, apoio e conhecimento dedicados à mim.

Devo agradecer ainda ao Luciano Casemiro, que me deu todo suporte necessário para concluir este trabalho.

Por fim, agradeço a todos que participaram da minha formação nestes anos dedicados ao estudo do Direito.

“Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”.

(Montesquieu)

RESUMO

O presente estudo buscou delimitar a atuação do Poder Judiciário no que tange à garantia de direitos fundamentais, quando da omissão do Poder Executivo, a partir do modelo constitucional brasileiro que utiliza a forma tripartida, com base no sistema tripartido de poderes de Montesquieu. Desta forma, realizou-se uma pesquisa da questão no seio da doutrina e da jurisprudência, verificando os argumentos prós e contras a esta intervenção. O material utilizado compreende doutrina, jurisprudência, artigos, notícias e dados especializados, para entendermos melhor a questão.

Palavras-Chaves: Judicialização; Argumentos; Garantias; Fundamentais; Separação; Poderes.

ABSTRACT

The present study sought to define the role of the Judiciary with regard to the guarantee of fundamental rights, when the omission of the Executive Power, from the Brazilian constitutional model, which uses the tripartite form, based on the tripartite system of Montesquieu. In this way, a research was carried out in the scope of doctrine and the jurisprudence, checking the arguments for and against to this intervention. The material used includes doctrine, case law, articles, news and specialized data, to better understand the issue.

Keywords: Judicialization; Arguments; Guarantees; Fundamental; Separation; Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 Da tripartição de poderes de Montesquieu.....	12
1.2 Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social (<i>Welfare State</i>).....	14
1.3 Dos direitos sociais na Constituição de 1988.....	16
1.4 Da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais	18
2 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	22
2.1 A motivação judicial e os interesses envolvidos.....	22
2.2 Os fatos geradores da judicialização.....	25
2.3 Da judicialização do direito à alimentação.....	28
2.4 Da judicialização do direito à saúde.....	31
3 DOS ARGUMENTOS PRÓS E CONTRAS A JUDICIALIZAÇÃO.....	39
3.1 O mínimo existencial.....	39
3.2 A reserva do possível.....	41
3.3 A teoria das escolhas trágicas.....	47
3.4 Da inafastabilidade de jurisdição.....	49
3.5 Da separação dos poderes.....	50
3.6 Do princípio democrático.....	53
3.7 Da razoabilidade e ponderação de interesses.....	54
4 CONCLUSÃO.....	57
5 REFERÊNCIAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, sejam aqueles de direito interno ou aqueles oriundos do direito internacional, estão positivados em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, com muita clareza podemos verificar a grande divergência entre aquilo que está positivado e a realidade fática da nossa sociedade¹. É fato que nos países subdesenvolvidos ou emergentes, como é o caso do Brasil, esse distanciamento entre as garantias legais ou constitucionais e a realidade prática é sempre muito evidente. Afere-se isto, dentre outros aspectos, pelo fato de nossa Carta Magna, após quase 30 anos de promulgação, ainda não ter logrado êxito em realizar uma significativa transformação social que faça jus ao seu texto.

Este contraste, segundo Graziela Mayra Joskowicz², gera ainda muitos debates doutrinários sobre a efetividade dos direitos fundamentais e sua aplicação prática, sobretudo sobre a possibilidade dos direitos sociais gerarem direitos subjetivos individuais à prestação estatal e o que mais nos importa, se podem ser objeto de controle judicial.

Neste prisma, nos intriga a possibilidade de controle judicial nestes casos, já que nossa Constituição adota o sistema tripartido de poderes, teoria desenvolvida na memorável obra “Do Espírito das Leis”³, de Charles-Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu, onde o autor debruçou-se por mais de 20 anos sobre a análise de determinadas formas de governo, em diversos países, deixando como legado a Teoria da Tripartição dos Poderes, que nos

1 Este distanciamento entre o que está positivado e a realidade fática é trabalhado por Luís Roberto Barroso. Neste sentido, Cf. “A Constituição transforma-se, assim, em um mito, um mero instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não serão honradas. No Constitucionalismo moderno, este quadro se repete com rotineira frequência. (...) Captando esta realidade com amarga ironia, afirmou Celso Antônio Bandeira de Mello que, se um ser extraterreno, dotado de inteligência, aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos à luz da Constituição de 1969 ficaria surpreso e embevecido com o elevado padrão de civilização que logramos erigir.” E continua dizendo: “Convencer-se-ia, à vista do texto constitucional que o principal vetor da nossa ordem econômica e social, ao lado do desenvolvimento, é a justiça social; que o trabalho é mais valorizado que o capital; que a propriedade tem função social e pois inexistem latifúndios rurais e especulação imobiliária urbana; que existe repressão ao abuso de poder econômico; que os trabalhadores percebem salário mínimo capaz de satisfazer às suas necessidades e às de sua família (...)” In. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-64.

2 JOSKOWICZ, Graziela Mayra. **A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas**. Revista da Advocacia-Geral da União, Brasília: 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571>. Acesso em: 29 abr. 2017.

3 MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

remete a ideia de que há uma independência e harmonia entre os poderes, de forma que cada um possua suas atribuições e não usurpe as funções do outro.

Em uma breve análise histórica encontraremos nas obras de Aristóteles⁴, teorias acerca da delegação de poderes e funções, assim como em obras de John Locke⁵, contudo, foi a obra de Montesquieu que consagrou esta separação de poderes, na forma tripartite, além da teoria dos freios e contrapesos, também conhecida com *checks and balances*, que de forma objetiva divide os poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, atribuindo a eles funções distintas e independentes de forma que cada um deles tenha independência de agir, sendo contudo, limitado pelos outros poderes, o que foi positivado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º.

Nos últimos anos, dada situação caótica do Estado, que enfrenta uma das maiores crises da história, se tem visto demasiadamente a intervenção do Judiciário naquilo que ordinariamente compete ao Executivo, na sua função de administração, por exemplo.

Neste mesmo aspecto, já era muito comum observar a judicialização do direito social à saúde no país, tendo em vista ser uma área com grande demanda social e escassez de investimentos, o que levou cidadãos, buscando preservar sua saúde, seja através da realização de cirurgias ou aquisição de medicamentos, a buscarem a intervenção do Poder Judiciário para satisfação de seu direito constitucionalmente previsto.

O objeto do presente trabalho monográfico é a delimitação da atuação do Poder Judiciário no que tange à garantia de direitos sociais, quando da omissão do Poder Executivo, o que se dará a partir da breve análise do modelo tripartido de poderes de Montesquieu, adotado pela Constituição de 1988.

O tema possui como questão central à análise de argumentos prós e contras a possibilidade de intervenção do Judiciário para garantia de direitos fundamentais, dos

4 ARISTÓTELES. **A política**. In Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

5 LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

princípios Constitucionais que permeiam o caso e do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade.

O estudo se mostra interessante em virtude da análise detalhada do problema da judicialização excessiva, culminando na constatação de se há ou não possibilidade de recorrer ao Judiciário para garantia de direitos fundamentais sem comprometer o poder de gestão do Executivo e suas políticas públicas neste sentido.

Ademais, visa verificar em quais casos isto é possível, levando-se em consideração a ponderação de interesses, os reflexos para a coletividade, o que dizem a doutrina e a jurisprudência e a adequação desta atuação aos princípios Constitucionais.

Para desenvolver o trabalho, a metodologia utilizada será a hipotético-dedutiva, vez que, inicialmente, far-se-á um estudo das considerações gerais acerca da teoria da tripartição dos poderes e do princípio da separação dos poderes previsto na Constituição Federal e, posteriormente, a análise de casos específicos afetos ao tema, a saber, as limitações à judicialização dos direitos fundamentais.

Ademais, o método dialético também será utilizado, no intuito de apresentar argumentos contrapostos a respeito da possibilidade de o judiciário intervir para garantia destes direitos, quando da omissão pelo Poder Executivo.

Posteriormente, pelo confronto das ideias apresentadas, esperamos ser capazes de apresentar uma conclusão, resultante da análise desse cenário pelo olhar contraposto dessas duas posturas antagônicas.

1.1 Da tripartição de poderes de Montesquieu

Apesar de se reconhecer que não tenha sido o barão de Montesquieu o primeiro filósofo a tratar da separação de poderes, foi com base nas suas ideias que a teoria ganhou relevância. Na sua obra, “O espírito das leis”, o autor acabou por realizar profundo estudo sobre a forma de governo e sobre as autoridades políticas de diversos Estados, deixando como legado sua influência para as futuras obras de direito constitucional, filosofia e ciência política.

O que se extrai do texto de Montesquieu é que a tripartição de poderes ganhou sentido na busca para evitar a violência e arbitrariedade de governantes, nas formas de governo estudadas por ele. O autor apresenta em sua obra três tipos de governo, quais sejam, o monárquico, quando o poder recai sobre uma só pessoa, o republicano, que visa o bem comum, e o despótico, também permeado pelo monopólio de poder⁶.

Segundo Montesquieu “todo homem que tem o poder é levado a abusar dele”. A partir desta premissa, embasou sua teoria. Para o autor, a sociedade estaria em bases instáveis se na mão de uma mesma pessoa estivesse a autoridade para criar leis, executá-las e julgar os crimes. Para que não haja abusos, se faz necessário que o poder contenha o próprio poder, dando sentido a divisão de poderes por ele proposta⁷.

Esta divisão de poderes culmina numa tripartição, dividindo os poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo ao primeiro a função administrativa e de execução das normas, ao segundo a atribuição de elaborar as leis e ao terceiro a função de julgar e punir. Embasando sua ideia de separação dos poderes, Montesquieu dispõe que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.⁸

Por fim, dada a relevância da separação dos poderes, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” traz previsão no art. 16 que dispõe que “A sociedade em que não

6 MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 23; 34-35.

7 Ibidem. p. 64-66.

8 Ibidem. p. 67-68.

esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”⁹.

1.2 Do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social (Welfare State)

Para falar sobre direitos sociais, é preciso destacar o momento de seu surgimento, que se deu na transição do Estado Liberal - estado não intervencionista, que se limitava apenas a proteger liberdades individuais¹⁰- para o Estado de Bem-Estar Social, também conhecido na doutrina como “Welfare State”, que deixou para trás a antiga figura do Ente Estatal omissivo e passou a atuar de forma mais ativa.

Com o advento do iluminismo no século XVII a ideologia liberal começou a se delinear. Dela originaram-se algumas teorias políticas e econômicas, sempre inclinadas a liberdade dos indivíduos em seu grau máximo, de forma que a interferência do Estado na vida do cidadão fosse mínima. Desta forma, os ideais iluministas passaram a exaltar a razão humana, levando o Estado a um novo modelo de direito.¹¹

Com o passar dos anos, após a primeira grande guerra mundial, seguida da crise econômica de 1929, começaram a surgir as primeiras obras sobre o intervencionismo, merecendo destaque a obra “A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda” do economista britânico John Maynard Keynes.¹²

9 DO HOMEM, Declaração dos direitos. “do cidadão” (1789). Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

10 NAGAMINE, Lucas Civile. **Estado de bem-estar social e estado liberal: qual a diferença?** São Paulo, 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/estado-de-bem-estar-social-e-estado-liberal-diferenca/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

11 CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verdum Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: Uma redefinição de estado a partir de Georges Gurvitch**. Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015. p. 3-4. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13205/2259>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

12 JUNIOR, Antonio Gasparetto. Keynesianismo. **Portal Brasil Escola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/economia/keynesianismo/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

À época, havia robusto crescimento das desigualdades sociais e parte da população estava em condições de miséria, impulsionada por um poder que mesclava religião e política, impondo dominação e exploração da nobreza sobre o povo¹³. Por isto, buscando um equilíbrio social, aos poucos alguns países começaram a adotar a teoria intervencionista de Keynes.

Após os abusos cometidos na primeira guerra mundial, ocorreu uma evolução da concepção de Estado, passando-se assim ao estado de bem-estar social, onde se mudou a postura de atuação do Estado, que passou a intervir na ordem econômica e social, através de políticas de médio e longo prazo. Logo foi criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que influenciou diversas constituições, que passaram a introduzir os direitos sociais em seu teor, dentre elas está a constituição do Brasil.

Nossa primeira Constituição a prever questões relativas à ordem econômica e social foi a de 1934¹⁴. Contudo, neste período ainda recém-saído do período da primeira guerra, os direitos basicamente eram os trabalhistas, o que resultava conseqüentemente num direito que só abarcava determinado grupo de pessoas.

No estado de bem-estar social o governo deve garantir os direitos sociais como o parâmetros básicos na área de saúde, educação, habitação, dentre outros. Ademais, o Estado deve intervir na economia, buscando a manutenção da renda além de estabelecer leis trabalhistas para proteger as relações entre empregado e empregador, definido as jornadas de trabalho, salário mínimo etc.

Hoje, a existência de direitos sociais são pressupostos essenciais para a caracterização de um Estado de Direito, como disserta Ingo Wolfgang Sarlet:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.¹⁵

13 CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verdum Cardoso. op. cit., p. 3-4.

14 DA ordem econômica e social. **Blog Espaço Jurídico**. 29 dez. 2011. Disponível em: <<https://www.espacojuridico.com/blog/da-ordem-economica-e-social/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.

Por fim, cumpre dizer que não há uma linha que separe os estados liberais e de bem-estar social, o que há é uma escala gradual, onde alguns países são mais inclinados para um ou outra categoria de acordo com os direitos garantidos por suas legislações.

1.3 Dos direitos sociais na Constituição de 1988

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet há três características que são consensualmente atribuídas a nossa Carta Magna de 1988: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.¹⁶

Dentre outros aspectos, podemos apontar seu caráter analítico a partir da análise de alguns pontos específicos da Constituição como, por exemplo, o título dos direitos e garantias fundamentais, que tem treze artigos com centenas de incisos, além de alíneas e parágrafos, sem contar os diversos direitos fundamentais espalhados no restante do texto.¹⁷

O pluralismo basicamente é observado no teor da redação final do texto, que conciliou posições e reivindicações nem sempre alinhadas, que foram resultado de diversas pressões políticas presentes quando do processo Constituinte.¹⁸

49.

16 Ibidem, p. 52.

17 Dispõe Sarlet neste sentido, Cf: “Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado – apenas para citar as mais conhecidas – das Constituições de Portugal (298 artigos) e da Índia (395 artigos). Este cunho analítico e regulamentista reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional.” Idem.

18 Sobre a característica do pluralismo Sarlet diz que, Cf: “O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos etc.” Idem.

Por fim, o autor ainda diz que o cunho programático e dirigente da Constituição pode ser verificado a partir do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação, estabelecendo programas e diretrizes a serem perseguidos e implementados pelos poderes públicos. Muitas normas que preveem direitos sociais na Constituição de 1988 são versadas desta forma, ou seja, de modo programático.¹⁹

Neste prisma, cumpre consignar que no passado alguns doutrinadores criticaram a expressão “normas programáticas” entendendo que tais normas haviam sido utilizadas como meros ditames políticos, sem caráter jurídico, tal como Marcelo Neves²⁰, que se referia a tais normas como “legislação-álibi” ou simbólica, pois serviriam apenas para fortificar a confiança do cidadão no governo, atendendo de forma superficial as expectativas dos cidadãos sem que houvesse condições para efetivação das referidas normas.

De qualquer forma, nossa Carta Magna contém muitas normas com este cunho programático, sendo caracterizada, portanto, como uma constituição dirigente, já que se pode dizer que as normas de uma Constituição dirigente vem carregadas de promessas referentes a direitos fundamentais sociais, sem garantias de que o Estado tenha reais condições de promovê-los, o que embora possa ser buscado através de remédios constitucionais, gera enorme descrença dos cidadãos na ordem jurídica e no poder político nacional.

Outro aspecto de suma importância, e que nos auxilia a conhecer o panorama histórico da inserção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, diz respeito ao fato desta ter sido precedida de um período de ditadura militar, marcado pelo autoritarismo e por violações aos direitos mais básicos dos seres humanos, o que deu ao Constituinte, seja por suas próprias convicções, seja pela força social cuja atuação representa, a visão da necessária garantia a determinados direitos.

19 Por fim, com relação ao cunho programático e dirigente, Sarlet diz, Cf: “De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorridas, ainda marcadamente, dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos.” Idem.

20 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994. p. 37ss, 49ss e 92.

Superando esta breve abordagem de algumas características de nossa Constituição, passemos então a analisar algumas inovações com relação a previsão Constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Um dos aspectos que se pode destacar acerca da previsão dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988 é a sua posição na organização da Carta Magna. Significa dizer que, agora posicionados logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais ganharam relevante valor lógico, recebendo destaque como parâmetro hermenêutico para interpretação dos demais dispositivos contidos no texto. Ademais, a própria terminologia “direitos e garantias fundamentais” foi uma inovação no texto, já que nas Constituições anteriores a expressão utilizada era “direitos e garantias individuais”, o que se mostrava inadequado à evolução das garantias constitucionais.²¹

Sobre a previsão dos direitos sociais na Constituição de 1988, Victor Manoel Romero da Silva²², dispõe que:

No Brasil, a Constituição de 1.988 ampliou de forma nunca vista antes a tutela dos direitos sociais. Nela, o direito a saúde deixou de ser serviço público discricionário para ser direito efetivo, diferente das constituições anteriores. Ela revolucionou em relação ao direito à educação, trouxe pela primeira vez o direito à moradia como um direito fundamental, avançou na previsão do direito ao lazer e da cultura e comprometeu todas as unidades federativas em competências comuns a respeito desses direitos. Ela inovou quando determinou como seu fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana, quando declarou entre seus objetivos a solidariedade, a justiça e a erradicação das desigualdades sociais e quando previu várias ações constitucionais que possibilitam efetivação de seus preceitos programáticos e a tutela dos direitos sociais. A Constituição atual é uma Constituição comprometida com os direitos sociais elegendo a dignidade humana como grande princípio norteador e prevendo meios concretos de efetivação (...).

Mas de todas as inovações presentes, a mais relevante, sem dúvidas, é a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, o que, via de regra, acabaria com o cunho programático desses preceitos, mas que ainda é um tema nebuloso na doutrina. Sobre este tema, nos debruçaremos a seguir.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

22 SILVA, Victor Manoel Romero da. **Efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3087, 14 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20633>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

1.4 Da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este dispositivo é tema de grande controvérsia doutrinária e resultou em teses trabalhadas em capítulos e até obras inteiras de autores de renome, como será demonstrado a seguir.

Sobre tal dispositivo, cumpre preliminarmente dizer que este abarca todos os direitos e garantias fundamentais previstos no corpo constitucional e não só aqueles direitos e garantias previstos no título II da Constituição Federal. Infere-se isto a partir da previsão do art. 5º §2º que destacou que “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”, demonstrando serem as previsões deste título um rol apenas exemplificativo de direitos e garantias fundamentais.

A delimitação do significado e alcance deste dispositivo é um dos temas mais controvertidos do direito constitucional²³. Há quem entenda que o comando da aplicabilidade imediata não possa prevalecer diante das características das normas, não tendo o dispositivo, por exemplo, força para fazer com que normas carentes de concretização alcancem sua plenitude, sendo necessária sempre a atuação do legislador.²⁴

Há ainda aqueles que, no outro extremo, defendem que não há normas programáticas na Constituição, já que o art. 5º §1º deu aplicação imediata aos direitos fundamentais e o constituinte previu meios de enfrentar as lacunas normativas através de determinados

23 Sarlet destaca a divergência doutrinária dizendo o seguinte, Cf. “Se até o presente momento não se registram maiores dificuldades, o mesmo não ocorre quando nos deparamos com o problema do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade. Já quanto a este ponto, a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.” In SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 237-238.

24 Esta é a posição de M. G. Ferreira Filho, in: *RPGE*SP nº 29 (1988), p. 35 e ss., um dos mais ilustres representantes desta corrente. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Idem.

remédios constitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁵

De forma intermediária está o posicionamento de Celso Bastos, que sustenta que na medida do possível os direitos fundamentais tem aplicação imediata, contudo frisando duas exceções: uma quando o texto constitucional prevê a necessária concretização por meio do legislador, utilizando a expressão “na forma prevista em lei”, por exemplo, e outra, quando a norma não contém elementos mínimos indispensáveis que assegurem sua aplicabilidade, não possuindo normatividade suficiente para gerar efeitos.²⁶

Estas três correntes são apontadas na obra de Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, que adota posicionamento moderado com relação a extensão do alcance da norma contida no art. 5 §1º, conforme trecho abaixo colacionado. Veja-se:

(...)a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais(...)²⁸

Entendemos mais adequado o posicionamento de Sarlet, que classifica o dispositivo como de natureza principiológica, que impõe ao Estado a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, estabelecendo o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Assevera Sarlet que:

(...) convém lembrar que todas as normas constitucionais, sendo dotadas sempre de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se – em certa medida – diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade.²⁹

25 Posição adotada por E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e por R. R. Ruschel, in: *AJURIS* nº 58 (1993), p. 294 e ss. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*.

26 Cf. C. R. Bastos e I. G. Martins, *Comentários II*, p. 393. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*.

27 *Ibidem*, p. 237-242.

28 *Ibidem*, p. 242.

29 *Ibidem*, p. 228.

Portanto, sendo os preceitos constitucionais dotados de certo grau de aplicabilidade, ainda que de natureza programática ou limitada, não podem ter sua fruição negada pelo fato de estar atrelada a dispositivo desta natureza. Neste sentido, Sarlet, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, destacam em sua obra “Curso de Direito Constitucional” alguns julgados do Supremo Tribunal Federal³⁰ que demonstram a aplicação desta máxima efetividade e da consequente aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Em suma, embora haja diversas correntes sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais e posicionamentos divergentes na jurisprudência, assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal e maior parte dos nossos tribunais sobre o tema.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional** – 4ª ed. Ampl. Incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva:2015. p. 353, Cf: “Ag 410-715/SP (assegura a aplicabilidade direta ao art. 208, IV, da CF/1988, no sentido de garantir o direito à creche para crianças entre 0 e 6 anos de idade); RE 271286/RS (assegura a aplicabilidade direta ao art. 196 da CF/1988, garantindo a eficácia plena e imediata do direito à saúde, declarando ser dever do Estado fornecer gratuitamente medicamentos às pessoas necessitadas); MI 585/TO (reconhece o direito constitucional de greve dos servidores públicos e o descumprimento da CF pelo Estado por não ter, até o presente momento, regulamentado o art. 37, VII, da CF/1988, alterando a orientação anterior no sentido da eficácia apenas limitada do dispositivo); RE 377040/RS (assegura a aplicabilidade direta aos arts. 5.º, I, e 226, § 5.º, ambos da CF/1988, garantindo a eficácia plena e imediata dos princípios que preveem a igualdade entre os sexos, declarando o direito de o marido ser incluído como dependente da mulher para fins previdenciários; no mesmo sentido, RE 367089/RS, reforçando a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais se situam os direitos sociais que englobam o direito à saúde e à previdência social); MS 26854/DF (assegura a aplicabilidade direta e imediata ao art. 5.º, LIV, da CF/1988, garantindo o direito ao devido processo legal, determinando o restabelecimento do pagamento de aposentadoria tida como irregular em processo administrativo do qual a impetrante não teve sequer conhecimento); AgIn 222046/SP (assegura a aplicabilidade direta e imediata ao art. 7.º, XVIII, da CF/1988, garantindo o direito de licença remunerada de 120 dias à gestante)”.

2. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 A motivação judicial e os interesses envolvidos

Primeiramente, é de se dizer que as políticas públicas podem ser definidas como “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³¹.

Insta salientar também que a questão da eficácia dos direitos sociais está intimamente ligada à questão da judicialização de direitos sociais, tema de bastante relevância e controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

Como dito na introdução deste trabalho, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na autonomia administrativa do Poder Executivo para a efetivação de determinados direitos constitucionais é questão tormentosa. A dúvida paira sobre a margem de possibilidade

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 112.

jurídica para que o Judiciário interfira em algumas questões, que via de regra são inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo, de forma a garantir a efetividade de determinadas políticas públicas.

O Poder Executivo tem como função típica e primária administrar. O chefe do Executivo, eleito pelo povo, ao menos em tese, direciona sua gestão aos objetivos de suas promessas de campanha, dando atenção maior ao seu programa de governo, normalmente ligado às diretrizes e metas de seu partido político. Depois de eleito, ele atuará pautado pelos critérios de oportunidade e conveniência, tendo discricionariedade para implementar políticas públicas nesta ou naquela seara, da forma que entender mais oportuna, sem contudo deixar de observar os percentuais estabelecidos pelas diretrizes orçamentárias.³²

Em contraponto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve ser respeitado e garantido pelo Estado. Há neste sentido um limite mínimo, do qual o Estado não poderia escusar-se de alcançar, conhecido como mínimo existencial, que abordaremos com mais detalhes em outro momento. A Administração Pública, portanto, deve adotar políticas públicas para garantir ao menos o patamar mínimo desses direitos, sob pena de, não o fazendo, habilitar a intervenção do Judiciário para evitar ou cessar tal lesão.

Em virtude dessas considerações, infere-se que há, portanto, ao menos num primeiro momento, uma colisão de valores, já que de um lado está a atuação dos Poderes, pautada pelo princípio da separação dos poderes, e do outro os direitos fundamentais, que devem ser garantidos, tendo como limite básico o mínimo existencial.

Contudo, merece destaque que na argumentação de algumas decisões confunde-se a análise dos interesses envolvidos. Por exemplo, em questão referente ao tratamento de doenças raras, o Ministro Celso de Mello, afirmou que na colisão entre interesse do direito à

32 Sobre as funções do Poder Executivo dispõe Alexandre Mazza neste sentido, Cf: “A função típica do Poder Executivo é a função Administrativa, consistente na defesa concreta do interesse público. (...) Cada função típica possui um núcleo decisório essencial onde reside o cerne da independência do Poder que a exerce em caráter predominante. (...) O núcleo da função típica do Poder Executivo é a análise do mérito dos atos discricionários. (...) o mérito dos atos discricionários é o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua prática. In, MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66-69.

vida e a ordem econômica, prevaleceria o respeito ao direito subjetivo inalienável, o respeito à vida.³³

Cumpra acrescentar que o embasamento é verdadeiro, entretanto, não são esses os interesses colidentes na questão. Ao decidir sobre o custeio de tratamento de alto valor para determinado indivíduo, este direito conflita com o acesso à saúde de outras pessoas, portanto, o conflito que deve nortear a interpretação é entre os interesses da coletividade que necessitam do mesmo amparo e os de determinados indivíduos que buscaram viabilizá-lo por meios judiciais.

Portanto, em determinadas situações como, por exemplo, na garantia do direito à saúde, a situação é bastante complicada, pois não estamos diante de um atrito entre o princípio da separação dos poderes e de outro lado questões orçamentárias, administrativas e do direito à vida e a saúde, mas sim diante de uma necessária ponderação entre garantir o direito de uns em detrimento de outros, conforme assevera Luís Roberto Barroso³⁴; diante da análise casuística, a fim de verificar se garantir o direito de uns não ferirá o direito de outros.

Sobre a questão, importante se faz destacar ainda o pertinente posicionamento do autor, que diz que:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Celso de Mello, Cf: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), 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: o respeito indeclinável à vida.” Esta passagem é mencionada nas decisões: RE 267612/RS; AI 570455/RS; AgRg no RE 271286/RS; RE 198265/RS; RE 248304/RS; AgRg no RE 273834-4/RS; RE 393175/RS.

34 Sobre o tema, elucida Barroso, que a colisão de valores não é juridicamente fácil de resolver. Neste sentido, Cf: “Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.” In BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. p. 4. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, 2009. Acesso em: 01 mai. 2017.

de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.³⁵

O que muito se justifica na jurisprudência sobre isto, que chamamos aqui de intervenção do Judiciário ou ativismo judicial, é que se enfrentam comportamentos inconstitucionais do Poder Público, seja por ação, seja por omissão Estatal. Celso de Mello, em acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal³⁶, diz que:

(...) o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez.

Complementa ainda esclarecendo que embora não seja da competência ordinária do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, citando obra de José Carlos Vieira de Andrade, quando a omissão comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos, justificada está a interferência do Judiciário. Vejamos:

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.³⁷

Do v. Acórdão decidido por unanimidade pelo E. Tribunal de Justiça de MG, objeto do recurso analisado pelo STF na oportunidade, cumpre colacionar pertinente trecho que

35 Idem.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Mello. Decidido em 02/12/2014.

37 Idem.

demonstra um distanciamento entre a atuação do Judiciário e uma possível usurpação de Poder do Executivo. Veja-se:

Ressalto que é certo que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional deste é a de exercer o controle judicial do referido ato. Deve distanciar-se do critério político, isto é, fica circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato. Todavia, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, não está substituindo o Administrador Público, mas apenas determinando que se cumpra a lei.³⁸

Portanto, é preciso fazer uma reflexão teórica observando as sutilezas das questões que envolvem o ativismo judicial, para uma maior racionalização do tema, tão contemporâneo e tão debatido por nomes de destaque em nossa doutrina.

2.2 Os fatos geradores da judicialização

Embora haja divergência doutrinária sobre o reconhecimento de um direito subjetivo com relação aos direitos fundamentais³⁹, boa parte da doutrina e da jurisprudência tem se manifestado favoravelmente neste sentido, cumprindo à Administração cuidar, de forma a dar

38 Idem.

39 Ingo Wolfgang Sarlet destaca a existência de divergência doutrinária quanto a este reconhecimento. Neste sentido, Cf: “Neste contexto, ainda que não seja nosso objetivo apresentar todas as variantes apontadas na doutrina sobre as possibilidades ligadas à noção de direito fundamental na condição de direito subjetivo, e ressalvada a existência de acirrada controvérsia nesta seara, torna-se indispensável referir – no mínimo para tomarmos alguma posição nesta seara – aquela que nos parece a proposta que, salvo pequenas variantes, tem angariado a simpatia da melhor e mais atualizada doutrina e que, para além disso, é suficientemente elástica para adaptar-se à noção de direito subjetivo em sentido amplo que aqui sustentamos(...) Neste sentido, a doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Neste contexto, cumpre referir a lição de Robert Alexy, para quem a tese da presunção em favor da perspectiva jurídico-subjetiva encontra sustentação em dois argumentos. Assim, sustenta o renomado jusfilósofo, a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. Já o segundo argumento (que Alexy designa de argumento da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo. Assim sendo, de acordo com este entendimento e na plástica formulação de Gomes Canotilho (que, também neste particular, acolhe a doutrina de Alexy), os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que, em se encontrando constitucionalmente protegidos como direitos individuais, esta proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo.” In SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 132-133.

efetividade às previsões constitucionais, para que não se permita que se tornem meras ficções ou promessa políticas, sem o mínimo de concretização no seio da sociedade.

Diante da recorrente ineficiência das políticas públicas voltadas para a concretização de direitos sociais, tem se tornado cada vez mais comum e usual o fenômeno da judicialização. Em consequência disso, a doutrina tem se debruçado sobre o tema e a jurisprudência tem se dividido com relação à algumas questões.

Um dos maiores entraves com relação à efetiva prestação dos direitos sociais é, sem dúvidas, a questão econômica.⁴⁰ Os direitos prestacionais do estado demandam uma atuação ativa, que gera custos a serem empregados, como por exemplo, adoção de medidas protetivas como o serviço de polícia e o sistema prisional, para a garantia do direito à vida. Entretanto, como se sabe, as necessidades ou interesses individuais e coletivos são infinitos, enquanto os recursos para sua concretização são limitados e muitas vezes escassos.

O momento político em que se encontra nosso país gerou enorme descrédito popular nas instituições políticas. Isto se deu, dentre outros motivos, pelos escândalos envolvendo políticos do Executivo e do Legislativo, como o caso do mensalão, que ganhou grande repercussão midiática após 2005, ou mesmo a atual operação lava-jato, que vem desenterrando a cada dia mais escândalos e envolvidos nas mais diversas esferas de Poder.

A má gestão dos recursos públicos é evidente, embora, não se ignore que os recursos sejam realmente limitados, a insatisfação popular tem fundamento. Carlos Ranulfo de Melo, no trabalho “As instituições políticas brasileiras funcionam?”⁴¹, publicado na “Revista de Sociologia e Política”, esmiuçou a obra de Barry Ames, “Os entraves da democracia no Brasil”. Colaciono abaixo pertinente crítica com relação ao que estamos falando.

40 Sarlet destaca a relevância da questão econômica. Neste sentido, Cf: “Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica” In SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 253.

41 MELO, Carlos Ranulfo. **As instituições políticas brasileiras funcionam?** Revista de Sociologia e Política. n. 25. Curitiba: 2005. p. 199-203.

(...) as instituições brasileiras funcionam mal. Entre as instituições ‘disfuncionais’ devem ser incluídos ‘o sistema eleitoral, as regras de formação de partidos, a natureza da presidência e a separação de poderes entre o governo federal, governos estaduais e prefeituras’ (AMES, 2003, p. 332). Combinadas, tais instituições produzem um número excessivo de veto players e geram uma ‘permanente crise de governabilidade’ (idem, p. 18). Políticos são incentivados a maximizar seus ganhos pessoais – em primeiro lugar, ‘suas finanças particulares’ (idem, p. 21) – e a cavar projetos e recursos para suas clientelas específicas. Ainda que seja possível encontrar deputados e senadores programaticamente orientados, esse tipo de parlamentar constitui a minoria. A maioria orienta sua carreira ‘para a oferta de contratos de obras públicas e nomeações para cargos burocráticos’ (idem, p. 46).

Além dos grandes escândalos de corrupção, de ampla repercussão na mídia, podemos relembrar outros que, evidentemente, também geraram repercussão negativa com relação às instituições políticas, após divulgação. No início de 2017 a polícia federal deflagrou operação para combater o desvio de verbas para merenda escolar no estado do Pará, que já havia causado prejuízo de R\$ 1,6 milhões aos cofres públicos⁴². Em 2011, primeiras-damas foram presas após serem acusadas de desvio de verbas destinadas à merenda escolar em estados do nordeste⁴³. Ainda em 2011, foi divulgado, após operação, um esquema de desvio de verbas em 6 estados brasileiros, que deveriam ser aplicadas à saúde⁴⁴.

Em 2016, um levantamento com dados do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, em parceria com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, apontou que 729 cidades sofreram com desvio de verbas federais, com prejuízo estimado de R\$ 4 bilhões, sendo constatado ainda que as áreas de saúde e educação foram alvo de quase 70% dos esquemas de corrupção⁴⁵.

É triste a constatação, mas estes não foram os primeiros, não são os únicos e não serão os últimos casos de corrupção e desvios. Estas informações são muito importantes no

42 PF deflagra operação contra desvio de verba para merenda escolar. **Sítio eletrônico da polícia federal**. Belém, 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/04/pf-deflagra-operacao-contradesvio-de-verba-para-merenda-escolar>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

43 PRIMEIRAS-DAMAS de Alagoas são acusadas de desviar dinheiro público. **Sítio eletrônico GazetaWeb**, 27 nov. 2011. Disponível em: <<http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia-old.php?c=245822&e>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

44 PF prende 58 suspeitos por desvio de verba da saúde em 6 Estados. **Portal Terra**, 16 mai. 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pf-prende-58-suspeitos-por-desvio-de-verba-da-saude-em-6-estados,35ea0970847ea310VgnCLD200000bbceeb0aRCRD.html>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

45 AFFONSO, Júlia; BURGARELLI, Rodrigo. 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e educação. **Portal Estadão**, 25 dez. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

contexto deste trabalho para demonstrar que os poderes Legislativo e Executivo tem se mostrado ineficazes em atender as demandas da sociedade, em obediência aos direitos constitucionalmente previstos, seja por envolvimento diretamente em ações ilegais, seja pela omissão na fiscalização. É claro, não queremos generalizar nem criar premissas absolutas e, portanto, cremos que há dentre nossos representantes aqueles que atuam dentro dos ditames legais e buscam defender as garantias da sociedade, mas com isso, pretendemos demonstrar que há fundamentos bastantes para a desconfiança popular e isto tem sido o grande impulsionador da judicialização, pois a sociedade têm se valido do Judiciário como caminho mais fácil e justo para a garantia de seus direitos.

2.3 Da judicialização do direito à alimentação

É muito comum no seio da doutrina e das decisões judiciais a discussão sobre a judicialização do direito à saúde, como veremos no próximo subcapítulo deste trabalho. Isto se dá porque o número de demandas neste sentido tem crescido exponencialmente nos últimos anos. Contudo, não encontramos muitos trabalhos que se debrucem sobre a possibilidade do cidadão hipossuficiente, perseguindo justiça social, buscar pela via judicial a prestação de alimentos por parte da Administração Pública.

A emenda constitucional nº 64 de 2010 incluiu o direito à alimentação no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, ressaltando sua importância diante do direito nacional. Por razões lógicas, depreendemos que a alimentação está diretamente vinculada aos direitos da dignidade humana e do direito à vida e saúde.

A lei federal nº 11.346 de 2006 que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN – com vista a assegurar o direito humano à alimentação adequada deu ainda mais robustez a importância da alimentação no plano nacional, trazendo previsão em seu art. 2º que positivou o entendimento de que a alimentação está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. Segundo o dispositivo a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à sua dignidade devendo o poder público garanti-la.⁴⁶

⁴⁶ Dispõe o art. 2º da seguinte forma, Cf: “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população”. In BRASIL. Lei nº 11.346 de 15 de Setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em:

Em âmbito internacional, em diversas convenções na seara dos direitos humanos está previsto o direito à alimentação, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁷ e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁸, sendo o Brasil signatário de ambas.

Com o aumento do preço de alguns alimentos da cesta básica a dificuldade de acesso das pessoas de baixa renda também aumenta. Em meio à crise dos últimos anos onde milhares são afetados pelo fechamento de postos de trabalho, atrasos de salários, dentre outras mazelas que tem se tornado cada dia mais comuns, muitos tem tido dificuldades em ter acesso ao básico das necessidades alimentares diárias. O IBGE em pesquisa de 2014 sobre a segurança alimentar⁴⁹, constatou que só em 2013, mais de 7 milhões de pessoas tiveram algum tipo de privação grave de alimentos, dentre elas idosos e crianças.

Devido às previsões da legislação pátria e mesmos das convenções internacionais, cujo poder normativo foi internalizado por meio de decreto, nos parece claro que incumbe ao Poder Público a garantia da alimentação adequada, necessitando de um esforço conjunto dos Três Poderes para a consecução deste objetivo. Contudo, está na seara do Judiciário o papel

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

47 O dispositivo que menciona a alimentação na declaração é o art. 25.1 que diz, Cf: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” In HUMANOS, Declaração Universal dos Direitos (1948). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

48 O pacto Internacional em seu art. 11, traz a seguinte previsão, Cf: “1-Os Estados Partes do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, neste sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2- Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos(...)” In CULTURAI, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

49 IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios (PNAD). Pesquisa Suplementar de Segurança Alimentar 2013. A Percepção das Famílias em relação ao acesso aos alimentos. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000020112412112014243818986695.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

de garantir o cumprimento das normas internas de proteção aos direitos sociais, devendo este agir em face de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Não se pode ser acolhida qualquer tese no sentido de que só se recorrerá ao judiciário nesses casos após o esgotamento das vias administrativas dada a existência de programas federais de transferência de renda como Fome Zero, Bolsa Família, dentre outros. Primeiro pelo fato das estatísticas do IBGE mencionadas anteriormente demonstrarem um alto número de pessoas em situação de extrema carência alimentar, segundo, pela atual tendência de realização de cortes nestes programas em decorrência da crise financeira vivida no país.⁵⁰

Por fim, embora não seja muito comum a judicialização de alimentos na jurisprudência, de forma análoga às questões aqui suscitadas, podemos destacar venerável acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª região muito pertinente ao tema em tela⁵¹, que entendeu ser o

50 SILVA, Marcelo Lessa da; CALDAS, Diogo Oliveira Muniz. A judicialização do direito à alimentação adequada: uma nova discussão acerca da prestação dos direitos fundamentais. In Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coords: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 379. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/5Gk506RykEue6ds5.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

51 BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). PROCESSUAL CIVIL. ARRESTO. PEDIDO DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS E PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. ÍNDIOS. **DIREITO À ALIMENTAÇÃO E À MORADIA. EXTREMA VULNERABILIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS INTERESSADOS. URGÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA. REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.**

I - A jurisprudência pátria, no exercício da missão de compatibilizar os princípios constitucionais, tem aberto exceções à regra do art. 100 da CF/88 e do art. 730 do CPC, admitindo em determinadas circunstâncias, com base num juízo de ponderação, a possibilidade de bloqueio de recursos públicos com vistas a satisfazer obrigação de pagar indispensável à concretização de direitos fundamentais do cidadão. Precedentes do STJ e do STF.

II - Se os Tribunais Superiores, inclusive o STF, que exerce o mister de guardião-mor da Constituição, autoriza o bloqueio de valores para assegurar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos "como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde", pela mesma razão se revela possível a adoção de medida no presente caso, em que se postula o cumprimento de obrigação, pela FUNAI, de entrega de cestas básicas e de pagamento de aluguéis aos apelantes. Os direitos à alimentação e à moradia vinculam-se igualmente aos direitos à vida e à dignidade, revelando-se essenciais à sobrevivência digna dos cidadãos. São, portanto, tão fundamentais quanto o direito à saúde.

III - Vale ressaltar que os índios mereceram tratamento especial do Constituinte, que lhe dedicou um capítulo inteiro na CF/88 (Capítulo VIII do Título VIII - art. 231 e 232). No presente caso, os apelantes ostentam posição de grave vulnerabilidade sócio-econômica, vez que foram expulsos de suas casas e aldeias por outros índios. Em outras palavras, foram excluídos pelos próprios excluídos, o que os situa na periferia da sociedade. Precisam, portanto, do urgente amparo estatal, direito esse que foi reconhecido em acórdão desta Turma, da lavra da DD. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli (AC402280-PE), pendente de cumprimento.

IV - Apelação provida, determinando a baixa dos autos à instância de origem, a fim de que se dê regular andamento ao presente feito com a consequente análise do pedido liminar. (g.n). Apelação cível nº 200983020017756. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, Data de Julgamento:

direito à alimentação vinculado ao direito à vida e à dignidade, sendo essencial para a garantia da sobrevivência dos cidadãos e merecendo tanta proteção do judiciário quanto nos casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos, muito comum na jurisprudência.

2.4 Da judicialização do direito à saúde

O direito à saúde é direito fundamental previsto na Constituição Federal. Contudo, é de sabença geral que, ainda antes da crise que nosso país vive atualmente, já era comum as dificuldades com relação ao acesso a saúde em nossa sociedade.

Todos os dias milhares de pessoas morrem por falta de medicamentos, cirurgias, atendimento médico ou em consequência da falta de saneamento básico. Nas filas de hospitais, pessoas esperam por horas e muitas vezes morrem à míngua, sem conseguir o atendimento que necessitavam, que poderia inclusive garantir-lhes a proteção ao bem maior da vida.⁵²

Nesta seara, é de se dizer que incumbe ao Poder Executivo, dentre outras funções, a implementação de políticas públicas que visem efetivar o direito à saúde, através de medidas de prevenção e assistência aos cidadãos.

Em consequência da omissão do Estado e diante dos avanços dos meios de comunicação, os cidadãos, hoje mais conscientes de seus direitos, recorrem cada dia mais ao Judiciário, seja de forma individual, seja por meio dos entes legitimados como a Defensoria e o Ministério Público, pelo direito de acesso à saúde.

30/03/2010, Quarta Turma. Data de Publicação: 27/05/2010.

52 Em breve pesquisa é possível localizar diversas notícias neste sentido. Destacamos algumas: PACIENTES morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública. **Portal G1**, 28 fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html>>. Acesso em: 06 jun. 2017. PELO menos 60 pacientes morreram em filas de espera por cirurgia em cinco hospitais federais. **Portal O Globo**, 11 jan. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/pelo-menos-60-pacientes-morreram-em-filas-de-espera-por-cirurgia-em-cinco-hospitais-federais-15021575>>. Acesso em: 06 jun. 2017. EM um ano, 2,3 mil pessoas morrem à espera de transplantes no país. **Portal G1/Bem Estar**, 09 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/03/em-um-ano-23-mil-pessoas-morrem-espera-de-um-transplante-no-pais.html>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

A saúde é direito fundamental social e possui aplicabilidade imediata (art. 5 §1º da CRFB/88), conforme demonstrado em capítulo específico deste trabalho que abordou o tema, sendo regida pelo princípio da universalidade, de forma a ser disponibilizada para toda e qualquer pessoa que se encontre em território brasileiro sem necessidade de contrapartida econômica. No Brasil tal prestação ocorre através do SUS, Sistema Único de Saúde, conforme prescreve o art. 198 da Constituição e com previsão infraconstitucional na lei federal nº 8.080/90.

Forçoso reconhecer, portanto, que a saúde se traduz como dever estatal de extrema relevância, previsto dentre os direitos sociais do art. 6º e no art. 196 da Constituição, onde aparece como direito de todos e dever do Estado, em seção destacada sobre a saúde, e deve atender ao máximo possível todos aqueles que necessitem de medidas, sejam elas assistenciais ou preventivas.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou em oportunidade anterior da seguinte forma:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.⁵³

É bem verdade que das duas vertentes que visam garantir a saúde, qual sejam a preventiva e a repressiva, sendo exemplo desta o saneamento básico e tratamento de água e daquela o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, a primeira é deveras mais eficiente e relevante⁵⁴. Neste prisma, infere-se que os benefícios sociais com a distribuição de

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) –PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Recurso Extraordinário nº 271286. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Data de julgamento: 12/09/2000.

54 Em nota sobre a 40ª Assembleia Nacional da Assemae, no portal da Funasa, foi veiculado o seguinte, Cf. “Segundo a Fundação Nacional de Saúde (Funasa), a cada real investido em saneamento, cerca de R\$ 4,00 são economizados em saúde curativa. A OMS reconhece, pelo menos, 80 doenças relacionadas à água de má qualidade ou ao contato com esgotos”. In FUNASA participa, de 13 a 18 de junho, da 40ª Assembleia Nacional da Assemae. **Sítio Eletrônico da Funasa**. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/site/funasa-participa-de->

medicamentos é relativamente menor do que aqueles auferidos a partir do investimento dos recursos em políticas de saneamento e tratamento de água, no entanto, o que se vê são ações como a do Estado do Rio de Janeiro, que investiu em 2007 mais do que o dobro do investido em Saneamento, na Assistência Farmacêutica, como destaca Barroso.⁵⁵

Barroso critica ainda o fato de a jurisprudência brasileira seguir um caminho apoiado numa abordagem individualista dos problemas sociais, afirmando que uma gestão eficiente de recursos, que são finitos e escassos, deve ser concebida como política social, orientada por uma avaliação de custos e benefícios. Segundo ele:

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.⁵⁶

Por fim, menciona ainda críticas com relação à questão técnica, dado que o Judiciário não domina conhecimento específico para instituir políticas de saúde, de forma que não pode fazer uma avaliação técnica consistente sobre a necessidade de determinados medicamentos, frisando que à Administração Pública compete a macro-justiça e não ao Judiciário.

O que se tem visto nos últimos anos é que, com o grande aumento de demandas e o entendimento da jurisprudência pela intervenção na seara do Executivo, mais especificamente para fornecimento de remédios e tratamentos, vem-se onerando a coletividade para solução de interesses individuais.

13-a-18-de-junho-da-40a-assembleia-nacional-da-assem-ae/>. Acesso em: 01 jun. 2017.

55 BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. p. 26. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

56 Ibidem. p. 27.

Em breve consulta ao departamento de logística em saúde, a quem compete as atividades de planejar, coordenar, orientar e avaliar as atividades de compra de bens e de contratação de serviços relativos a insumos estratégicos para saúde, conforme prevê o decreto federal nº 8.065/13, verificamos o alarmante e crescente valor investido para cumprimento de sentenças condenatórias em face da União nos últimos 10 anos. Vejamos:

Tabela 1: Valor em Reais gastos no cumprimento de sentenças condenatórias

ANO	VALOR (R\$)
2006	7.600.579,92
2007	17.530.346,45
2008	47.660.885,29
2009	83.165.223,93
2010	107.361.543,06
2011	208.415.179,51
2012	324.454.303,77
2013	438.823.909,94
2014	698.831.712,49
2015	1.013.331.821,30
2016 (até setembro)	1.008.789.561,61

Fonte: Departamento de Logística em Saúde. Ministério da Saúde. (adaptado)⁵⁷

Sobre essa intervenção, também conhecida como “Ativismo Judicial”, resta evidente que tal prática vem onerando os cofres também dos estados-membros e principalmente dos municípios brasileiros, culminando em uma fragilidade maior das medidas básicas de saúde de acesso da população em geral, o que vem causando preocupação inclusive à organismos internacionais como a Organização Pan-Americana de Saúde.⁵⁸

⁵⁷ SAÚDE, Ministério da. Departamento de Logística em Saúde. Consulta nº 25820004886201611. Realizada em 31 out. 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=25820004886201611>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁵⁸ A nota da organização internacional diz o seguinte, Cf. “Um fenômeno recente relacionado ao acesso a medicamentos de alto custo é sua relação com o sistema legal a partir do que se conhece como judicialização do acesso. O recurso ao sistema judiciário como mecanismo para tornar efetivo o acesso a medicamentos e tratamentos que os indivíduos não obtiveram do sistema público de saúde por vias habituais é um fenômeno crescente e merece especial atenção. Por um lado, permite ao cidadão fazer valer seus direitos legais à saúde como parte de seus direitos humanos fundamentais. Por outro, sua utilização sistemática pode derivar em disfunções que tornam duvidosos os objetivos de uso racional e eficiente de recursos sanitários limitados. Além disso, também pode resultar em um conjunto de decisões, juridicamente vinculantes, mas ineficientes em termos de gasto público. Trata-se de um problema nacional [referindo-se ao Brasil], centralizado na interpretação constitucional do direito à saúde e do acesso aos medicamentos, interpretação realizada independentemente da evidência científica e de critérios de custo-efetividade, e que podem colocar, em algumas situações, em risco a sustentabilidade do sistema”. In SAÚDE, Organização Pan-Americana da. **O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas**. Brasília: 2009. p. 24. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra/index.php?>

A enorme quantidade de despesas em decorrência das sentenças condenatórias vem direcionando as economias ao cumprimento das medidas coercitivas, favorecendo parcela restrita da sociedade, com custeio de tratamentos e medicamentos, resultando no que chamamos de micro-justiça, tendo reflexos diretos nos demais usuários do sistema.

O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se viabilizará por meio de *políticas sociais e econômicas*. Cumpre acrescentar que há na doutrina divergências com relação a carga de eficácia do dispositivo apontado, que para alguns gera eficácia prestacional, enquanto que para outros é apenas norma programática, sendo mera diretriz a ser seguida pelo administrador de forma discricionária, conforme aponta Maselli.⁵⁹

Da leitura do dispositivo supramencionado, parece-nos cristalino que o Constituinte atribuiu aos órgãos executores de políticas públicas esta incumbência e não aos órgãos judiciais. Tendo os órgãos administrativos uma visão geral da coletividade, as medidas judiciais acabam por provocar uma desorganização na Administração Pública, prejudicando o atendimento da coletividade.

O artigo 198 da Constituição Federal preconiza que *as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada*, constituindo um sistema único de saúde, conhecido como SUS. Esta descentralização administrativa adquire, em alguns casos, contornos complexos, já que a regulamentação federal criou um sistema onde certos medicamentos só poderiam ser fornecidos caso o doente estivesse cadastrado em determinado centro de

option=com_docman&task=doc_view&gid=1082&Itemid=423>. Acesso em: 05 jun. 2017.

59 Segundo o autor, Cf. “A Constituição Brasileira, como é sabido, consagra o direito à saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). A doutrina tem divergido quanto à determinação da carga eficaz do dispositivo em questão, que para alguns gera implicações prestacionais e, para outros tantos, não passa de norma programática, mera diretriz a ser seguida pelo administrador público na medida em que sua sensibilidade política reputar conveniente.

A discussão mais recente e aprofundada acerca da eficácia dos preceitos constitucionais ligados à saúde, felizmente, tem abandonado o viés positivista de se debruçar simplesmente na gramaticalidade do texto legislado. Se é certo que a doutrina da máxima efetividade, já tão consolidada em nossa mentalidade jurídica, funciona como um vetor favorável à extração de consequências jurídico-subjetivas dos artigos em questão, outros componentes, na prática, têm determinado os rumos da controvérsia” In GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense, v. 370. p. 24, 2004.

Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

referência municipal, para fazer jus a entrega de tal medicação, cuidando assim do uso e dando atenção especial àqueles que utilizam medicamentos para as doenças mais graves além de realizar um melhor mapeamento das demandas.

Marcos Maselli Gouvêa em “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”⁶⁰ aponta crítica ao intervencionismo judiciário com relação ao fornecimento de medicamentos no sentido de que esta intervenção põe por água abaixo os esforços organizacionais do Executivo e das autoridades de saúde responsáveis pelas unidades médicas, já que uma ordem judicial impondo a entrega de determinado medicamento acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já estava devidamente cadastrado junto ao centro de referência, em obediência a regulamentação federal.

Em recente matéria veiculada na revista eletrônica Valor Econômico⁶¹, foi apresentado um cálculo da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma) que indica que o Ministério da Saúde gastou R\$ 1,32 bilhão ao longo de 2016 com fornecimento de medicamentos de alto custo por força de decisões judiciais. Conforme a própria entidade, os gastos neste sentido “prejudicam o planejamento orçamentário do SUS, que já enfrenta limitações e subfinanciamento”.

Anteriormente, a revista Valor Econômico já havia veiculado em publicação de Dezembro de 2016 que os gastos públicos com demandas judiciais de remédios dispararam, apontando que em meio à crise, União, Estados e municípios tem sido inquiridos por meio do Judiciário, apontando levantamento do Ministério da Saúde que mostra que entre 2010 e 2015, os desembolsos da União cresceram 797% para o atendimento das decisões judiciais⁶².

De forma geral o impacto das demandas em busca de medicamentos é grande, mas os pedidos de fornecimento de alguns deles, como por exemplo do medicamento Soliris,

60 Ibidem p. 22.

61 FONTES, Stella. Pacientes recorrem à justiça para receber medicamentos com gasto de R\$ 1,3 bi. **Portal Valor Econômico**, 15 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4870322/pacientes-recorrem-justica-para-receber-medicamentos-de-r-13-bi>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

62 ROSA, Arthur. Gastos públicos com demandas judiciais de remédios dispararam. **Portal Valor Econômico**, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4814137/gastos-publicos-com-demandas-judiciais-de-remedios-disparam>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

indicado para amenizar os efeitos de uma forma rara de anemia, merecem destaque. Isto porque tal medicamento foi considerado pela revista Forbes em 2010⁶³ a droga mais cara do mundo, custando algo em torno de 22 mil reais por frasco de 30 ml.

O impacto orçamentário que o fornecimento de medicamento como estes pode causar é latente. Como exemplo, podemos destacar o caso emblemático onde o município de Fortaleza foi condenado a fornecer o Soliris para quatro pacientes em 2012. O valor para cumprimento da determinação implicou num comprometimento de 67% do repasse do Estado para compra de medicamentos do município inteiro, que possui mais de um milhão de habitantes, ilustrando o impacto dessas ações sobre o orçamento da saúde⁶⁴.

Por todo exposto, é irrefutável que os valores gastos com o cumprimento de decisões judiciais são demasiadamente altos, pondo em risco o atendimento das políticas públicas planejadas para atender a população, o que tem motivado uma mudança na jurisprudência, que abordaremos com mais detalhes em outro momento.

Por hora, podemos destacar a recente decisão prolatada pela juíza Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, da 13ª Vara Federal do Distrito Federal, que interrompeu o tratamento de uma paciente que realizava tratamento com o medicamento Soliris⁶⁵ por força de decisão judicial há dois anos. A magistrada entendeu que “deve prevalecer o interesse coletivo sobre o particular, pois tamanha lesão à saúde pública, sem dúvida, coloca o sistema em colapso, acarretando grave risco de morte à maioria dos pacientes atendidos pelo SUS”.

63 HERPER, Matthew. The world's most expensive drugs. **Revista Forbes**, 22 out. 2010. Disponível em: <<https://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

64 SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista Época**, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

65 SOUZA, Marcelle. Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial. **Portal UOL**, 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesa-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

3. DOS ARGUMENTOS PRÓS E CONTRAS A JUDICIALIZAÇÃO

3.1 Do Mínimo existencial

O mínimo existencial é um dos argumentos mais utilizados para justificar a intervenção do Judiciário para a concretização de políticas públicas ou garantia dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial é um conceito que não possui dicção própria na Constituição, devendo ser buscado na ideia de concretização da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida, do princípio da igualdade, nos direitos humanos, dentre outros. Há autores que entendem

ser o mínimo existencial um direito pré-constitucional implícito na Constituição em seu art. 3º, III, sendo meio para a erradicação da pobreza, um dos objetivos da República Federativa do Brasil.⁶⁶

De forma expressa, podemos destacar conceitos aplicáveis ao mínimo existencial em dois dispositivos legais, quais sejam, no art. 1º, da Lei Federal nº 8.742/1993 e no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O art. 1º da lei nº 8.742/93, lei que dispõe sobre a organização da Assistência Social, que diz que:

A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas

Ademais, no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, encontramos a seguinte redação:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

O mínimo existencial é conceituado por Luís Roberto Barroso como “condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.⁶⁷

A teoria do mínimo existencial tem sido utilizada como parâmetro na jurisprudência. Inclusive, podemos destacar o que disse o Ministro Celso de Mello nos autos da Arguição de

66 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999. p. 141.

67 BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. p. 10. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, de nº 45/2004⁶⁸, quando reconheceu a possibilidade de intervenção do Judiciário quando da omissão Estatal, para garantia do mínimo existencial. Vejamos:

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

Portanto, embora alguns direitos devam se dar da forma mais ampla possível, há um referencial de qual seria seu conteúdo mínimo exigível perante o Estado, que deve pautar-se neste mínimo para formular suas políticas públicas, sob pena de malferir princípios constitucionais, o que autorizaria a intervenção do Judiciário.

Numa análise casuística, deve-se verificar que o Estado só poderá se eximir de cumprir seu dever prestacional, ocorrendo comprovação efetiva de que não possui recursos financeiros para tanto e que, o que possui, já está destinado a cumprir outros direitos caracterizadores do mínimo existencial, desta forma, não sendo possível dispor de numerário para custear determinado serviço sem desorganizar seu planejamento. Não sendo este o caso, qualquer negativa de atendimento a determinado direito social injustificadamente, será passível de

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 45-9 de 2004. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004.

intervenção pelo Poder Judiciário, sem que haja, a princípio, lesão ao princípio da separação de poderes.

Pelo exposto, verifica-se que há então a possibilidade de não aplicação de recursos em determinada situação, diante de real insuficiência financeira para tal. Frisa-se que os recursos do Estado são limitados, não podendo este, portanto, exorbitar sua disponibilidade financeira. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet diz que:

(...) a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera “ideologia”. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.⁶⁹

Esta limitação, ligada ao aspecto da disponibilidade financeira do Estado, é o que a doutrina costuma chamar de “reserva do possível”, que passaremos então a analisar.

3.2 A reserva do possível

De modo geral, o argumento da reserva do possível é colocado como uma condição que limita a aplicação do direito pela escassez de recursos. Ana Carolina Lopes Olsen, por exemplo, entende que a reserva do possível é uma limitação fática à possibilidade de exigir direitos sociais judicialmente, já que sua efetivação deve estar ligada a capacidade de cobertura financeira e orçamentária do Estado.⁷⁰

A reserva do possível é definida por Robert Alexy como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Para ele, os direitos sociais e fundamentais não podem ser encarados como se seu conteúdo fosse absoluto, devendo ser limitados quando da colisão

69 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11º ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 303.

70 A autora dispõe que, Cf: “A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida.” In OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba: 2006, p.198

com interesses casuisticamente verificáveis, expressando a cláusula, simplesmente, a necessidade de sopesamento do direito.⁷¹

Sendo um dos principais argumentos contrários à questão do mínimo existencial quando da análise da possibilidade de intervenção judicial para garantir determinados direitos, tem sido a reserva do possível trabalhada fortemente na doutrina. Ingo Wolfgang Sarlet trabalha com a reserva do possível sob tríplice aspecto. Vejamos:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁷²

Já para Ana Carolina Lopes Olsen⁷³, a reserva do possível é analisada sobre duplo viés, um no campo da lógica e outro no da existência de recursos materiais. No campo da lógica, a ideia é de que aquilo que se exige do Estado deve ser logicamente possível, já no que tange a existência de recursos materiais, que é o que mais nos importa, o Estado não poderia ser compelido a atender algo quando não houvesse disponibilidade fática ou jurídica dos recursos.

Em virtude destas considerações, entendemos que os aspectos que nos interessam na análise da reserva do possível são: a possibilidade fática para aplicação dos recursos, a possibilidade jurídica e a razoabilidade daquilo que se pede.

Considerando os aspectos da disponibilidade fática dos recursos e da razoabilidade do que se exige do Estado, Celso de Mello assevera o seguinte:

71 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 515

72 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11º ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 255.

73 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p 216ss.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁷⁴

Como reiterado, os recursos públicos são finitos. Desta forma, deve-se observar as diversas necessidades da população, cabendo ao Poder Público fazer escolhas, definindo suas prioridades de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência, aplicando recursos naquilo que for mais relevante para a coletividade. De outro lado, com base no nosso sistema federativo, a possibilidade jurídica de dispor de recursos deve guardar relação com a distribuição de receitas e competências tributárias, com os limites mínimos de aplicação de recursos na saúde e educação, dentre outros aspectos. Por fim, diz-se que a razoabilidade deve ser observada, pois não é factível, ainda que haja numerário disponível, que se condene por

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL : RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF , ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO : ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Agravo Regimental No recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Melo, Decidido em 02/12/2014.

via Judicial o ente público a cumprir determinação, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico caro, podendo tal situação desequilibrar o orçamento e a devida distribuição dos serviços a toda coletividade.

Neste sentido, cumpre colacionar o pertinente trecho do Mandado de Segurança nº 296.243-9, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que demonstra preocupação do Relator Des. Jarbas Ladeira com o caminho que a jurisprudência estaria seguindo:

Conceder liminares e ordens no sentido de se obrigar a Administração Pública a arcar com altos custos e tratamentos médicos longos e caros é uma prática que vem se tornando comum em nossos Fóruns e Tribunais, e que, caso seja realmente disseminada sem controle (a continuar a atual tendência jurisprudencial), pode acabar provocando um grande caos financeiro e administrativo em nosso país. De fato, é sabido que o Estado nem de longe possui recursos necessários para proporcionar, a cada um que dele necessita, o devido tratamento médico, e não se pode tentar “a fórceps” retirar esses recursos de um combalido e extremamente deficitário sistema público de saúde.⁷⁵

Contudo, mister se faz ressaltar que não é uma discricionariedade do Poder Público cumprir a Constituição. Assevera Celso de Mello que “o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa”.⁷⁶

Neste sentido, cabe oportunamente colacionar o pertinente trecho da obra “Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”⁷⁷ de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, que assinala que:

(...) o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.
(...) o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.
(...) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas

75 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança n.º 296.243-9, Rel. Des. Jarbas Ladeira, julgado em 30/04/2003

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Melo, Decidido em 02/12/2014.

77 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000. p. 59, 95 e 97.

públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

Numa outra abordagem trazida por Andreas J. Krell, cujos argumentos são bastante pertinentes, a teoria da reserva do possível seria uma falácia, fruto de um direito constitucional comparado equivocado, já que é questionável a transferência de uma teoria jurídica desenvolvida em um país de primeiro mundo, no caso a Alemanha, para que seja aplicada numa realidade completamente diferente, como é a do Brasil. Os problemas sociais do Brasil encontram-se numa intensidade tamanha que não há como comparar à situação de países da União Europeia. Neste sentido ressalta que:

O mundo em desenvolvimento ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respetivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.⁷⁸

Segundo o autor, quando o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha utilizou-se do que chamamos de reserva do possível, o sentido da expressão era “aquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. O contexto dessa definição no caso sendo analisado era impossibilitar exigências acima de um limite básico social para criação de vagas em uma universidade pública. Enquanto a compreensão dos autores brasileiros foi no sentido de utilizar-se dessa premissa para negar a competência dos juízes a dispor sobre medidas políticas.⁷⁹

Krell demonstra desconforto com relação a opção que tem o Executivo em decidir quem terá sua saúde preservada e quem sairá prejudicado, quando há poucos recursos, ainda que este tenha adotado critérios de ponderação. Segundo ele, com base na principiologia da Constituição Federal de 1988, o Estado deveria tratar todos, e não sendo suficientes os recursos, deve retirar de outras áreas menos importantes, ou seja, das áreas não ligadas diretamente aos direitos mais essenciais do homem. Segundo o autor ainda “Um relativismo

78 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 38.

79 Ibidem. p. 36.

nessa área pode levar a ‘ponderações’ perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis e terminais?’”.⁸⁰

Por todo exposto, depreende-se que há uma opção quanto aos meios de efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, o que não se pode aceitar é a omissão injustificada do Estado, sob o argumento da reserva do possível. A discussão acerca da escassez dos recursos é algo que não deve ser tomado de forma absoluta e sim algo a ser levado em consideração quando da análise do caso, observado, como dito anteriormente, os critérios de razoabilidade do pedido e da sua possibilidade fática e jurídica.

Quando os recursos são limitados, e eles sempre são, levando-se em consideração nossa realidade fática, fatalmente o Poder Público precisará eleger suas prioridades, normalmente deixando determinadas áreas menos favorecidas. Esta é uma escolha que será feita pelo Executivo ao determinar quais áreas são prioritárias diante dos recursos que possui, da mesma forma pelo Legislativo quando vota o orçamento ou mesmo pelo Judiciário, ao analisar as demandas que recebe. Estas escolhas, das quais falaremos a seguir, é o que a doutrina costuma chamar de escolhas trágicas.

3.3 Da teoria das escolhas trágicas

Do julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Celso de Mello⁸¹, mencionada em diversas oportunidades neste trabalho, destacamos ainda que em determinado momento do voto, o relator se diz estar diante de um dilema para julgar. Dilema este inserto no contexto das denominadas “escolhas trágicas”. Vejamos:

(...) proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da

80 Ibidem. p. 37.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Mello, Decidido em 02/12/2014.

República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado(...)

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Diante disso, oportuno tecer algumas considerações acerca desta teoria, presente em alguns dos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e que guardam relação com a temática deste trabalho.

A Administração pública deve gerir seus recursos e aplica-los de forma a atender o máximo possível as necessidades da coletividade. Contudo, o Estado se vê quase sempre diante da necessidade de escolha de quais medidas priorizar diante da limitação de recursos. Daí infere-se que o Estado acabará por prover determinadas políticas que entender mais relevantes e urgentes, deixando outras descobertas. Essas escolhas se traduzem na teoria das escolhas trágicas.

Ressalta Gustavo Amaral que as escolhas trágicas não podem ser ignoradas, não sendo factível que o Estado consiga atender a todas as necessidades sociais, sem que se considere a escassez de recursos. Veja-se:

Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de Fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais.⁸²

Como reiterado neste trabalho, as demandas são infinitas enquanto que os recursos não. Por óbvio, sendo os recursos limitados, a escolha que beneficia determinada demanda acabará por deixar descoberta outras. O que popularmente costuma-se chamar de “cobertor curto”, fazendo uma analogia do cobertor que ao cobrir a cabeça, deixa de fora os pés e vice-versa. A doutrina costuma chamar de “teoria das escolhas trágicas”, quando as escolhas beneficiam

82 AMARAL, Gustavo da Silva. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

determinadas demandas deixando de atender outras necessidades também prementes, dada a urgência de uma em detrimento da outra.

Sendo a escassez de recursos uma realidade, não se faz suficiente a previsão de direitos fundamentais no texto Constitucional, se não há recursos para efetivá-los. Não existem direitos sem custos para sua efetivação. Neste sentido deve a Administração Pública buscar, com os recursos que tem, atender as necessidades da coletividade através de organização e gerenciamento de suas finanças, buscando uma gestão eficiente, em observância ao princípio da eficiência e demais princípios da Administração pública.

Nossos vereadores, deputados e senadores, via de regra, elaboram os orçamentos públicos com base nos interesses e necessidades do povo, devendo destinar recursos para este fim. Diante disso, o Poder Executivo atua dentro dos limites estipulados pelas leis orçamentárias, aplicando estes recursos com vistas a concretizar as políticas públicas, com base nos critérios de oportunidade e conveniência. Ambos enfrentam escolhas trágicas ao ficarem diante das limitações financeiras e dos diversos direitos a serem efetivados, determinando as prioridades.

São estes os Poderes que devem buscar a compatibilização entre a obediência aos direitos previstos na Constituição e sua possível efetivação diante da realidade fático-financeira do Estado e não o Judiciário, já que a atuação deste se limita basicamente ao atendimento de parcela mínima que a ele recorreu para garantia de seus direitos. Significa dizer que a justiça não é realizada quando aplicada apenas a determinados casos e definitivamente também não é quando para o atendimento desta demanda, onere a coletividade. O dinheiro público deve ser destinado ao bem comum, devendo as destinações específicas, como as que são resultados de demandas individuais no judiciário, serem feitas com muita cautela.

3.4 Da inafastabilidade de jurisdição

Até o presente momento, verificamos algumas questões com relação à possibilidade de intervenção do Judiciário na competência do Executivo e de que forma isso pode ser possível.

Contudo, é interessante verificar tal situação diante de outro aspecto, qual seja, o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no art. 5º, xxxv, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com tal dispositivo, é cabível a atuação do judiciário diante da ameaça ou lesão a direito. Neste sentido diz Alexandre de Moraes:

(...) o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.⁸³

Segundo Carvalho Filho, o controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos – vinculados e discricionários – dos três poderes republicanos.⁸⁴

Com respaldo nisso, infere-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto na Constituição, põe o Judiciário numa posição de guardião da legalidade, já que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas”, conforme nos ensina Robert Alexy⁸⁵, sendo, portanto mandados de otimização.

Neste prisma podemos destacar o oportuno julgado da lavra da Ministra Eliana Calmon⁸⁶ que diz que:

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. (...)
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

83 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª Edição Revista e atualizada até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

84 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 798.

85 ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. Doxa: Universidad de Alicante, nº 5, 1988. p.143. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

86 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEGUNDA TURMA, Recurso Especial nº 429570/GO. Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.

Do voto da Ilustre Ministra podemos extrair ainda que:

O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado. (...)

As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.

No entanto, é de se dizer que aplicando a ponderação e razoabilidade, que abordaremos adiante, se os administradores estão cumprindo as políticas públicas na medida das limitações financeiras do Estado, ainda que haja descontentamento popular, não há que se falar de intervenção judicial, sob pena de lesão ao princípio da separação dos poderes. Esta intervenção deve sempre ser limitada, de forma que não se macule a discricionariedade e independência da Administração Pública. Não podemos ignorar a realidade financeira do Estado e invocar preceitos constitucionais cuja aplicação satisfatória a todos os cidadãos muitas vezes é impossível.

3.5 Da separação dos poderes

Uma das grandes questões que envolvem a possibilidade de atuação do Judiciário para determinar a adoção de medidas, quando o Poder Público é omissor no adimplemento de políticas públicas que assegurem os direitos constitucionalmente previstos à coletividade, é verificar se isto não incorre em ofensa ao postulado da separação de poderes.

Este princípio, inserto no art. 2º da Constituição Federal, consagra a independência e harmonia entre os Poderes de modo que entre eles não há subordinação funcional, mas por outro lado há mutuo controle. A Carta Magna consagrou tal princípio como cláusula pétrea ao inseri-lo também no rol do art. 60 §4º, que estabelece que qualquer proposta tendente a abolir a separação dos poderes não será objeto de deliberação. Desta forma, percebe-se que é um princípio tão relevante no contexto nacional que o poder constituinte reformador não poderá alterá-lo.

Uma das críticas mais pertinentes que se faz à Judicialização, com base no postulado da Separação dos Poderes, é que o Poder Judiciário não possui conhecimento técnico para julgar o acerto ou não das políticas públicas e a destinação de recursos para tanto.⁸⁷ Isto porque é o Poder Executivo, a quem compete exercer tal atribuição como função típica, que tem a visão global dos recursos e necessidades da sociedade, de forma a melhor decidir sobre a alocação dos recursos, além de contar com agentes políticos, ao menos em tese, com enfoque em determinada área, divididos em Secretarias e Ministérios, e servidores especializados nestas diversas áreas.

O juiz por outro lado observa a micro-justiça, com enfoque nos casos concretos que analisa, não alcançando uma visão mais ampla das necessidades sociais, ou seja, a macro-justiça, que por sua natureza está inserida nas atribuições da Administração Pública⁸⁸. Neste sentido, a Ministra Ellen Grace já se manifestou no sentido de que o Judiciário não deveria determinar ao Estado o fornecimento de medicamentos que não contassem em seu programa previamente, já que se agisse de outra forma, os gastos do governo poderiam se elevar, prejudicando o sistema público de saúde como um todo, pois ao deferir o custeio do

87 Oportunamente destacamos o que dispõe Marcos Maselli Gouvêa sobre o tema, Cf: “O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”. In GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 22-23.

88 Confira-se, a respeito, a explicação de Ana Paula de Barcellos, Cf: “Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. In BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 127.

medicamento em prol do impetrante, pode-se resultar na diminuição da possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde ao restante da coletividade.⁸⁹

Andreas Joachim Krell, cujas lições foram citadas pelo Ministro Celso de Mello na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/2004, entende que o postulado da separação dos poderes precisa ser revisado, por estar deveras ultrapassado, entendendo não ser este óbice à intervenção do Judiciário quando da inefetividade da política pública do executivo. Vejamos o que diz o autor:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

O clássico autor francês na verdade, via na divisão de poderes muito mais um preceito na arte política do que um preceito jurídico, menos um princípio para a organização do sistema estatal e distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real.⁹⁰

Fica claro para o autor que não houve uma nova abordagem da separação dos poderes com fito de adequá-la à realidade de hoje. Para ele, o Estado Social moderno requer uma nova visão da separação de poderes de forma que “a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”. Segundo ele, o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina tradicional, que deve necessariamente rever seus conceitos para abandonar velhos dogmas do constitucionalismo clássico.⁹¹

3.6 Do princípio democrático

O princípio democrático é fundado na ideia de soberania popular e está expressamente consagrado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Este princípio é um

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3073 RN, Ministra Relatora Ellen Gracie, Data de Julgamento: 09/02/2007.

90 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 73-74.

91 Ibidem. p. 75-76.

dos principais argumentos utilizados no enfrentamento da intervenção do Judiciário para realização de políticas públicas e logo entenderemos o porquê.

Nosso sistema representativo permite que de tempos em tempos o povo manifeste sua soberania elegendo seus representantes. Desta forma, são escolhidos chefes do Poder Executivo, em todas as esferas, e da mesma forma os membros do Legislativo. Contudo, os membros do Poder Judiciário são selecionados por critérios técnicos e não eletivos, em sua maioria por meio de concursos públicos, não tendo a participação popular no seu ingresso.

Neste sentido, sendo os responsáveis pela elaboração de leis, alocação de recursos e criação e execução de políticas públicas eleitos através de voto popular, serão estes uma espécie de *longa manus* do povo, atuando na representação dos interesses populares, o que, como dito, não ocorre com os membros do Poder Judiciário, motivo pelo qual poderíamos depreender que a intervenção do juízes e tribunais interfeririam nos órgãos que representam o interesse das maiorias políticas.

Assim, entende parte da doutrina, que toda vez que o Judiciário determina a implementação deste ou daquele direito num caso concreto, indo de encontro às previsões políticas determinadas nas políticas públicas de sua competência, estaríamos diante de um malferimento do princípio democrático, já que estaríamos atingindo as escolhas políticas emanadas pelos órgãos de representação popular. Isto porque, como dito em diversas ocasiões neste trabalho, os recursos são escassos, e a determinação judicial para o cumprimento de qualquer medida implicaria numa necessária realocação de recursos, interferindo diretamente na organização administrativa, afetando a escolha feita pelo povo, por meio de seus representantes.

Neste sentido, podemos destacar o que diz Paulo Gustavo Gonet Branco:

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo, com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população. Essas opções exigem, pois, procedimento democrático para serem escolhidas – tudo a apontar o

Parlamento como a sede precípua dessas decisões e, em segundo lugar, a Administração.⁹²

Luiz Roberto Barroso, por outro lado, entende que o Judiciário deve agir mas ressalva que isto só poderá ocorrer quando houver patente desrespeito às normas de direito fundamental ou quando vise determinar o cumprimento de uma lei já existente.⁹³

Se pararmos para analisar a aplicação do princípio democrático como argumento contrário à possibilidade de atuação do judiciário, não podemos deixar de levar em consideração que o Brasil é um país em desenvolvimento e que possui ainda grande parcela da população vivendo em condições de miséria, sem ter tido o acesso à educação e informação de forma satisfativa, o que pode comprometer o senso político e a consciente participação no processo eleitoral, o que em tese, resultaria numa ineficiente escolha política, resultando em políticas que não refletem as reais necessidades do povo.

3.7 Da razoabilidade e ponderação de interesses

Como diz Barroso, o papel do Poder Judiciário em um Estado democrático é o de interpretar a Constituição e as leis, de forma a resguardar os mandamentos legais, assegurando o respeito ao ordenamento e a proteção dos direitos.⁹⁴

Compete aos juízes e tribunais o papel de extrair dos dispositivos as normas jurídicas, dando sentido aos conceitos jurídicos indeterminados e princípios, e da mesma forma, realizar um juízo de ponderação de interesses nos casos em análise, sem sobrepor sua valoração à que

92 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002. Material da 2ª aula da Disciplina Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Público. – UNISUL – REDE LFG. p. 27. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/pos/DPUB_DConst_Aula2_2008_05_16_LeituraObrigatoria.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

93 BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. 2009. pag. 11-12.

94 *Ibidem*. p. 21.

foi feita pelo órgão de representação popular⁹⁵, de forma a adotar medidas proporcionais e razoáveis à proteção dos direitos envolvidos.

Frequentemente o Judiciário se depara com situações em que os pedidos são irrazoáveis, de forma que a concessão do pleito oneraria demasiadamente o orçamento público, ainda que o pedido esteja embasado na garantia do direito à vida, saúde, dentre outros. Ocorre que sempre que o Poder Público é condenado pela via judicial à cumprir determinada prestação, como por exemplo o fornecimento de algum medicamento ou tratamento, o orçamento estipulado para aquele período é afetado diretamente, podendo afetar a garantia dos direitos da coletividade.

Com essa percepção, o judiciário precisa analisar os interesses que estão em jogo, levando em consideração que todos tem os mesmos direitos garantidos pela Constituição e ao efetivá-los apenas a uma parcela que recorreu as vias judiciais devem considerar também a repercussão indireta da decisão aos demais usuários.

Neste prisma, tem entendido a doutrina que o magistrado deve considerar alguns aspectos ao prolatar sua sentença para que não beneficie apenas camada restrita da sociedade comprometendo as políticas públicas que afetam a sociedade como um todo.

De forma geral, tem se posicionado a doutrina de forma mais justa com relação a tal situação, entendendo que o magistrado deverá realizar uma análise em cada caso, verificando se, caso tal medida condenatória fosse concedida a todos os cidadãos na mesma situação, o Estado teria condições de arcar. Em caso negativo, não deve ser concedido o pedido da parte, de forma a não violar o princípio da isonomia. Segundo Fátima Vieira Henriques:

(...) se todos os usuários do sistema público de saúde devem receber cuidados idênticos e gozar dos mesmos serviços indistintamente, deve ser vedado o deferimento de medida individual que não possa – por inviabilidade econômica ou

95 Sobre o tema, cumpre observar as considerações tecidas por Daniel Sarmiento, Cf: “É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”. In SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 114.

porque imediatamente excludente de direito alheio – ser estendida a todos que se encontrem em situação similar.⁹⁶

Assim também tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, conforme podemos verificar na manifestação do Ministro Gilmar Mendes, sobre a Suspensão da Segurança 3.741 de 2009⁹⁷, em pedido de concessão liminar de medicamento em face de município por meio de mandado de segurança individual:

(...) Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Portanto, é necessário que haja um juízo de razoabilidade dos pedidos na via judicial, pelo fato da razoabilidade guardar forte relação com a noções de justiça, equidade e moderação. Da mesma forma, a ponderação deve estar presente no campo da interpretação quando estiverem presentes bens juridicamente protegidos em colisão, de forma a buscar o equilíbrio para a solução do caso concreto.

96 HENRIQUES, Fátima Vieira. **Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional**. In: Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. de (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 832.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Segurança nº 3741/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2009.

4. CONCLUSÃO

Por todo exposto podemos verificar que muitos são os argumentos favoráveis e contrários à intervenção do Judiciário para efetivação dos direitos sociais. Como demonstrado no teor deste trabalho, podemos compreender que alguns dos argumentos apresentados a partir do direito comparado devem ser interpretados de forma mais cuidadosa, já que isolar um instrumento de direito internacional de sua cultura de origem não resultará positivamente fora de seu contexto, pois a realidade do Brasil é crítica se comparada a países de primeiro mundo.

É bem verdade que em outros países haveria um apelo popular muito mais forte para interferência do Poder Judiciário em determinadas questões caso estivessem vivendo no contexto social que vivemos aqui, onde o Poder Público deixa de cumprir as exigências mais básicas de um país civilizado. Por isso, reforçamos que tanto a reserva do possível quanto a separação dos poderes devem ser analisadas sob nosso contexto social, de forma que o Poder Judiciário não fique engessado frente ao descaso do Estado.

É claro, o Judiciário não pode ter poderes ilimitados; não pode substituir o Executivo em suas funções; não pode governar o país; tampouco devemos depositar nele todas as nossas esperanças como se o “salvador da pátria” fosse, mas entendemos que ele pode exercer um importante papel na garantia dos direitos fundamentais e na melhoria dos serviços oferecidos à população.

Não se pode conceber que no país com uma das maiores cargas tributárias do mundo, abundante em riquezas naturais, onde os políticos vivem amparados por mordomias e salários absurdos, a população, que sustenta o Estado, viva a mingua, sem ter seus direitos mais básicos garantidos sob argumentos muitas vezes vazios.

Embora as normas de direitos fundamentais possam sofrer restrições na prática, seja pela ponderação de interesses, seja pela razoabilidade, ou mesmo pelo seu caráter principiológico, ao menos o mínimo existencial deve ser garantido a todos, como forma de preservar a dignidade humana.

Levando-se em consideração tudo que vimos até aqui, é de se dizer que embora seja muito comum a busca pelo judiciário para garantir direitos sociais, sua atuação do deve ser pautada pela excepcionalidade, ou seja, apenas nos casos patentes de omissão ou desvirtuamento das políticas públicas. O Administrador atua com base nos critérios de oportunidade e conveniência, não podendo o Judiciário intervir por mera discordância das escolhas do Poder Público de forma a substituir a vontade do gestor, sob pena de violar o postulado da separação dos poderes, devendo, quando verificado a atuação do Poder Público, conter sua própria atuação, conforme explica Barroso⁹⁸.

Neste prisma, a função do Judiciário é de vigilância, tendo natureza residual, devendo atuar somente quando diante de casos de omissão legislativa ou executiva que afetem o mínimo exigível do direito, de forma a comprometê-lo. Com base no princípio da inafastabilidade de jurisdição, que preconiza que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo poder Judiciário, sendo um direito violado, poderá este intervir sem malferir a separação dos poderes.

Este princípio, embora deva ser utilizado com cautela, não deixa de pautar a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal de 1988, de forma que o Judiciário ao atuar em determinados casos não deve se imiscuir nas funções do Legislativo ou do Executivo, interferindo nas políticas públicas, no planejamento, no orçamento, dentre outros.

O poder público, por outro lado, não pode omitir-se em suas atribuições utilizando a reserva do possível como justificativa universal para suas negativas, mas sim utiliza-la somente como meio de ponderação de valores no caso concreto, garantindo assim maior razoabilidade e racionalidade das decisões.

Como já mencionado outrora, os recursos públicos são finitos e as demandas continuam a crescer, por isto, certas decisões judiciais, se não observarem a ponderação e a

98 Segundo Luís Roberto Barroso, Cf: “Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”. In BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. p. 22. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, 2009. Acesso em: 01 mai. 2017.

razoabilidade, podem onerar a coletividade de forma a comprometer, inclusive, a integralidade dos serviços disponibilizados à comunidade.

O que não pode ocorrer é o Poder Público abraçar a reserva do possível como elemento que assegure a inviabilidade da prestação de direitos sociais, de forma a exonerar o Estado de suas obrigações constitucionalmente impostas sob alegação de que não há recursos.

Sobre esta alegação de inexistência de recursos, o julgador deve analisar no caso concreto se realmente há uma justificável inexistência de recursos capaz de inviabilizar a prestação dos direitos pleiteados ou se esta escassez de recursos decorre da má gestão do Poder Público, que deixou de aplicar os percentuais mínimos em determinadas áreas ou mesmo optou por aplica-las em outros setores, priorizando áreas de menor importância não ligadas aos direitos essenciais.⁹⁹

É cediço que o descrédito do Poder Público tem crescido a cada dia. Estamos vivendo dias de enormes escândalos de corrupção, reforçados pela mídia, e que tem gerado grande revolta na população. Não é difícil concluir que embora os recursos sejam escassos, a má gestão tem imperado e se tornado grande vilã da atual crise. Ademais, a ampliação do acesso à informação também tem tornado a população cada dia mais consciente de seus direitos. Tudo isto colaborou para o aumento da judicialização, que vem crescendo nos últimos anos, principalmente com relação ao acesso à saúde.

Por outro lado, ainda tímida na jurisprudência está a judicialização de alimentos. Abrimos espaço neste trabalho para discorrer sobre esta judicialização de forma a esclarecer sobre sua possibilidade jurídica e por meio de quais fundamentos ela é possível.

⁹⁹ Marcos Maselli tece algumas considerações sobre o tema. Neste sentido, Cf: “Afigura-se assim ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais (dentre os quais ora se destaca o direito aos medicamentos), prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de recursos nestes projetos, inclusive, serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito a medicamentos essenciais. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada.” In GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense, v. 370. p. 30-31, 2004. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

Oportunamente, destacamos que o direito à alimentação é um direito humano reconhecido pela legislação pátria e pelo direito internacional, de suma importância e grande relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Este direito vincula-se aos direitos à vida, saúde e educação, por exemplo, pois da mesma forma é considerado essencial e fundamental, podendo ser buscados pela via judicial quando violado, da mesma forma que crescentemente se tem recorrido para viabilizar tratamentos de saúde e medicamentos.

Como dito, é inquestionável que a cada ano a judicialização vem crescendo no Brasil no que tange ao acesso à saúde. Isto se dá por diversos motivos, dentre eles a falta de investimento público e a falta de infraestrutura, resultando numa corrida popular ao judiciário como forma de “solução milagrosa” para os que precisam de medicamentos, internações, tratamentos, transplantes, dentre outros.

Como resultado dessa judicialização crescente temos uma fatídica desorganização do sistema, já que com a intervenção do judiciário, em alguns casos, ocorre uma verdadeira transferência para o juiz do poder de deliberar sobre políticas públicas de saúde, usurpando a competência do Executivo, de forma que o judiciário diretamente termina por direcionar a aplicação das verbas públicas destinadas à saúde, prejudicando a distribuição que deveria ser feita de modo harmônico, levando-se em consideração as necessidades da coletividade.

Relativamente à legitimidade passiva destas ações, é pacífico o reconhecimento de uma solidariedade entre a União, Estados e Municípios pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰ O resultado disso é que grande parte das demandas acaba por recair sobre os Estados e Municípios, que permanecem sozinhos no polo passivo, recebendo na sentença uma sobrecarga que em alguns casos comprometem todo o orçamento destinado para o atendimento da saúde local.

100 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. Recurso Extraordinário nº 855178 RG/SE – SERGIPE. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 05/03/2015.

O direito à saúde, previsto em alguns dispositivos constitucionais, como no art. 196, tem tido uma interpretação no sentido de ser um direito absoluto, quando na verdade nenhum direito é absoluto na Constituição. Todo direito em determinado momento pode ser contraposto a outros direitos, podendo prevalecer ou sucumbir. Isto faz parte da natureza da interpretação constitucional, e o direito à saúde não é exceção.

Deve-se dizer ainda que há carência de recursos em diversas órbitas e esta carência nem sempre é financeira. As vezes realmente há uma carência financeira, mas em alguns casos o problema pode ser a falta de infraestrutura para atender determinada demanda ou mesmo pode ser algo natural. Explicamos: quando por exemplo recorre-se ao judiciário para preservação da saúde, pleiteando o transplante de um órgão, por exemplo, nem sempre há algum disponível. As vezes o que está disponível não é compatível, as vezes há outros na fila com maior urgência. São questões que refogem da judicialização, até mesmo da seara administrativa, são questões médicas.

Não há direito absoluto ao recebimento de órgãos à todos que estão na fila. Da mesma forma, nem sempre o Poder Público possui meios para realizar determinados tratamentos ou custear medicamentos sem que se prejudique o acesso dos demais usuários do sistema de saúde. Como mencionado anteriormente neste trabalho, em alguns casos, para cumprir determinadas medidas, a Administração Pública acaba por comprometer o orçamento destinado a atender toda população.

Quer nos parecer que há uma nova tendência na jurisprudência no sentido de uma abordagem mais consciente e equilibrada da questão da judicialização, principalmente no que tange às ações ligadas à saúde. Como demonstrado neste estudo, alguns juízes já tem negado pedidos neste sentido, sob o argumento de que o alto custo do tratamento ou medicamento solicitado pode desequilibrar o orçamento de forma a prejudicar todos os outros beneficiários do serviço público de saúde, para atender o pleito de um único indivíduo, o que não é lógico.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal¹⁰¹ também tem se mostrado mais coerente com a realidade financeira e com a necessidade de realizar um juízo de ponderação

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Segurança nº 3741/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2009.

de interesses e razoabilidade dos pedidos, entendendo que o magistrado deve verificar se, caso a medida condenatória fosse concedida à todos aqueles nas mesma situação, o Estado teria condições de arcar, desta forma primando pelo princípio da isonomia.

Entendemos que com relação à judicialização, melhor agiria o judiciário se o escopo de sua atuação fosse a garantia daquilo que está previsto na política pública já existente e quando se tratasse de algo excepcional, caso houvesse viabilidade, fosse decidido não sob o aspecto individual mas sim coletivo. A boa judicialização é aquela que garante a todos na mesma situação a providência esperada e não aquela que garante o direito de A ou B, em detrimento da coletividade, somente pelo fato destes terem batido a porta do judiciário.

5. REFERÊNCIAS

AFFONSO, Júlia; BURGARELLI, Rodrigo. 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e educação. **Portal Estadão**, 25 dez. 2016. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. Doxa:

Universidad de Alicante nº 5. Disponível em:

<<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Gustavo da Silva. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. In Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**.

Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002. Material da 2ª aula da Disciplina Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Público. – UNISUL – REDE LFG. p. 27. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/material/pos/DPUB_DConst_Aula2_2008_05_16_LeituraObrigatoria.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855178 RG/SE – SERGIPE. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 05/03/2015.

BRASIL. Lei nº 11.346 de 15 de Setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEGUNDA TURMA, Recurso Especial nº 429570/GO. Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Melo, Decidido em 02/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental No recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento em 02/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo nº 745.745. Minas Gerais. Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento em 02/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 45-9 de 2004. Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento em 29/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) –PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Recurso Extraordinário nº 271286. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Data de julgamento: 12/09/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Segurança nº 3741/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3073 RN, Ministra Relatora Ellen Gracie, Data de Julgamento: 09/02/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança n.º 296.243-9, Rel. Des. Jarbas Ladeira. Julgamento em 30/04/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). PROCESSUAL CIVIL. ARRESTO. PEDIDO DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS E PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. ÍNDIOS. DIREITO À ALIMENTAÇÃO E À MORADIA. EXTREMA VULNERABILIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS INTERESSADOS. URGÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA. REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. Apelação cível nº 200983020017756. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, Data de Julgamento: 30/03/2010, Quarta Turma. Data de Publicação: 27/05/2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

CULTURAIS, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

DO HOMEM, Declaração dos direitos. “do cidadão” (1789). Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

DO HOMEM, Declaração dos direitos. “do cidadão” (1789). Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 abr. 2017.

EM um ano, 2,3 mil pessoas morrem à espera de transplantes no país. **Portal G1/Bem Estar**, 09 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/03/em-um-ano-23-mil-pessoas-morrem-espera-de-um-transplante-no-pais.html>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

FONTES, Stella. Pacientes recorrem à justiça para receber medicamentos com gasto de R\$ 1,3 bi. **Portal Valor Econômico**, 15 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4870322/pacientes-recorrem-justica-para-receber-medicamentos-de-r-13-bi>>. Acesso em 31: mai. 2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNASA participa, de 13 a 18 de junho, da 40ª Assembleia Nacional da Assemae. **Sítio Eletrônico da Funasa**. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/site/funasa-participa-de-13-a-18-de-junho-da-40a-assembleia-nacional-da-assemae/>>. Acesso em 01 jun. 2017.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense: 2004 v. 370. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional**. In: Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. de (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HERPER, Matthew. The world’s most expensive drugs. **Revista Forbes**, 22 out. 2010. Disponível em: <<https://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

HUMANOS, Declaração Universal dos Direitos (1948). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios (PNAD). Pesquisa Suplementar de Segurança Alimentar 2013. A Percepção das Famílias em relação ao acesso aos alimentos. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000020112412112014243818986695.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

JOSKOWICZ, Graziela Mayra. **A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas**. Revista da Advocacia-Geral da União, Brasília: 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571>. Acesso em: 09 mai. 2017.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Carlos Ranulfo. **As instituições políticas brasileiras funcionam?** Revista de Sociologia e Política n. 25. Curitiba: 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200015>. Acesso em: 09 mai. 2017.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. Revista e Atualizada até a EC nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba: 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PACIENTES morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública. **Portal G1**, 28 fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

PELO menos 60 pacientes morreram em filas de espera por cirurgia em cinco hospitais federais. **Portal O Globo**, 11 jan. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/pelo-menos-60-pacientes-morreram-em-filas-de-espera-por-cirurgia-em-cinco-hospitais-federais-15021575>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

PF deflagra operação contra desvio de verba para merenda escolar. **Sítio eletrônico da polícia federal**. Belém, 20 abr. 2017. Disponível em:

<<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/04/pf-deflagra-operacao-contradesvio-de-verba-para-merenda-escolar>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

PF prende 58 suspeitos por desvio de verba da saúde em 6 Estados. **Portal Terra**, 16 mai. 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pf-prende-58-suspeitos-pordesvio-de-verba-da-saude-em-6-estados,35ea0970847ea310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

PRIMEIRAS-DAMAS de Alagoas são acusadas de desviar dinheiro público. **Sítio eletrônico GazetaWeb**, 27 nov. 2011. Disponível em: <<http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia-old.php?c=245822&e>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

ROSA, Arthur. Gastos públicos com demandas judiciais de remédios disparam. **Portal Valor Econômico**, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4814137/gastos-publicos-com-demandas-judiciais-de-remedios-disparam>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4ª ed. Ampliada, incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAÚDE, Ministério da. Departamento de Logística em Saúde. Consulta nº 25820004886201611. Realizada em 31 out. 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=25820004886201611>. Acesso em: 05 jun. 2017.

SAÚDE, Organização Pan-Americana da. **O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas**. Brasília: 2009. p. 24. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1082&Itemid=423>. Acesso em: 05 jun. 2017.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista Época**, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 31 mai. 2017.

SILVA, Victor Manoel Romero da. **Efetivação dos direitos sociais pelo judiciário**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3087, 14 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20633>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

SILVA, Marcelo Lessa da; CALDAS, Diogo Oliveira Muniz. **A judicialização do direito à alimentação adequada: uma nova discussão acerca da prestação dos direitos fundamentais**. In Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coords: Anna Candida da

Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/5Gk506RykEue6ds5.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

SOUZA, Marcelle. Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial. **Portal UOL**, 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesa-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em 31 mai. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol.III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.